Die Bestätigung nichtiger Rechtsgeschäfte

Inaugural-Dissertation

zur

Erlangung der Doktorwürde

einer

Hohen Juristischen Fakultät der Philipps-Universität Marburg

vorgelegt von

Walter Untermann aus Lübeck.

Bad Schwartau 1928.
C. Caspers

Die Bestätigung nichtiger Rechtsgeschäfte

Inaugural-Dissertation

zur

Erlangung der Doktorwürde

einer

Hohen Juristischen Fakultät der Philipps-Universität Marburg

vorgelegt von

Walter Untermann aus Lübeck.

Bad Schwartau 1928.
C. Caspers

Referent: Geh. Justizrat Prof. Dr. A. Manigk.

Meinen lieben Eltern

in Dankbarkeit.

Gliederung.

Literaturnachweis.

Arndts: Lehrbuch der Pandekten, 14. Aufl. Stuttgart 1889.

Bekker: System des heut'gen Pandektenrechts.

Bendix: Das deutsche Privatrecht auf Grund des deutschen BGB. Abt. I Breslau 1898.

Böhm: Die Bestätigung nichtiger Rechtsgeschäfte. Greifswalder Diss. 1926

Brinz-Lotmar: Lehrbuch der Pandekten. 2. Aufl. Erlangen-Leipzig 1892

Bülow: Das Geständnisrecht. Feiburg i. B. 1899

Cosack: Lehrbuch des bürgerlichen Rechts Bd. 1 1922

Crome: System des deutschen bürgerl. Rechts. Tübingen 1910

Dernburg: Pandekten 7. Aufl. Berlin 1902

Dernburg: Die allgemeinen Lehren des bürgerl. Rechts des deutschen Reichs und Pr. 3. Aufl. Halle 1906

Eck: Sammlung von Vorträgen über den Entwurf eines BGB Bd. I Berlin 1896

Endemann: Einführung in das Studium des bürgl. Gesetzbuches 5. Aufl. Berlin 1899

Engelbrecht Seip v.: Die Bestätigung nichtiger und anfechtbarer Rechtsgeschäfte Erlanger Diss. 1907

Engelmann: Das bürgerl. Recht Deutschlands mit Einschluß des Handelsrechts. 2. Aufl. Berlin 1900

Enneccerus: Lehrbuch des Bürgerl. Rechts. Bd. I 25/29 Aufl. Bd. II 15/17 Aufl. Marbnrg 1926/22

Enneccerus: Rechtsgeschäft, Bedingung u. Anfangstermin. Marburg 1889

Fischer: Konversion unwirksamer Rechtsgeschäfte (aus der Festschrift für Wach). Leipzig 1913.

Goldmann-Lilienthal: Das bürgl. Gesetzbuch. Berlin 1900

Gradenwitz: Die Ungültigkeit der Rechtsgeschäfte nach bürgerl. Recht.

Hellmann: Zur Lehre von der Willenserklärung nach bürgerl Recht. Jh. Jb. Bd. 42 S. 413ff.

Hellmann: Vorträge über das BGB. Allgem. Teil. Freiburg i. B. 1897.

Hölder: Komm. zum BGB. Allgem. Teil. München 1900

Hummel: Die Konvaleszenz u. Evaneszenz der Rechtsgeschäfte Leipziger Diss. 1903

Jacobi: Die fehlerhaften Rechtsgeschäfte, Ziv. Arch. Bd. 86 S. 51ff.

Josef: Bestätigung nichtiger Rechtsgeschäfte durch Erklärung der Parteien vor Gericht, Z. Z. P. Bd. 37 S. 42ff.

Kohler: Lehrbuch des Bürgerlichen Rechts, Bd. I, Berlin 1904

Köppen: Der obligatorische Vertrag unt. Abwesenden Jh. Jh. Bd. 11 S. 139ff.

Kormann: System der rechtsgeschäftlichen Staatsakte, Berlin 1910
Leonhard, Rud: Der allgemeine Teil des bürgerlichen Gesetzbuches, Berlin 1900
Manigk: Zum Begriff des Rechtsgeschäfts, D. J. Z. 1902 S. 279ff.
Manigk: Zur Vertragsbestätigung Jur. W. 1924 S. 405
Manigk: Art. „Rechtshandlungen" und „Rechtswirkungen" Handwörterb. der Rechtswissensch. 15/16 Liefer. Berlin-Leipzig 1927
Manigk: Irrtum und Auslegung, Berlin 1918
Manigk: Willenserklärung und Willensgeschäft, Berlin 1907
Manigk: Das Anwendungsgebiet der Vorschriften für die Rechtsgeschäfte, Breslau 1901
Marks: Die Bestätigung nichtiger und anfechtbarer Rechtsgeschäfte, Rostocker Diss. 1906
Markwald: Der Begriff der Unwirksamkeit im BGB.
Matthias: Lehrbuch des bürgerlichen Rechts, Bd. I, Berlin 1900
Melliger: Culpa in contrahendo oder Schadensersatz bei nichtigen Verträgen, Zürich 1898
Mitteis: Zur Lehre von der Ungültigkeit, Jh. Jb. Bd. 28 S. 85ff.
Motive zum bürgerlichen Gesetzbuch
Müller-Meikel: Das bürgerliche Recht des deutschen Reiches, München 1904
Oertmann: Komm. zum BGB. Allgem. Teil 2. Aufl. Berlin 1903
Pappenheim: Die Konversion fehlerhafter Staatsakte in Fischers Zeitschr für Verwaltungsrecht S. 1ff.
Planck: Komm. zum BGB, Bd. I, 4. Aufl. Berlin 1913.
Protokolle der 2. Kommission zu dem Entw. eines BGB
Regelsberger: Pandekten, Leipzig 1893.
Rehbein: Das bürgerl. Gesetzbuch mit Erläuterungen für Studium und Praxis, Berlin 1899
Reichsgerichtsräte Komm. zum BGB., 2. Aufl. 1913 (RGRK)
Rosenthal: Die rechtliche Natur und die Wirkungen der Bestätigung nichtiger and anfechtbarer Rechtsgeschäftte nach BGB unter Berücksichtigung des gem. Rechts, Jenenser Diss. 1911
Rutenbeck: Der Gegensatz der Konversion zur Bestätigung, Erlanger Diss. 1907
Savigny: System des heutigen röm. Rechts, Berlin 1841
Schloßmann: Der Vertrag, Leipzig 1876
Seuffert: Die Lehre v. d. Ratihabition der Rechtsgeschäfte, Würzburg 1868
Sintenis: Das praktische gem. Zivilrecht, 2. Aufl. Leipzig 1860
Soergel: Bürgerl. Gesetzbuch, 3. Aufl. 1926
Staudinger: Komm. zum BGB, 9. Aufl. 1925
Trenck, v. d.: Nichtigkeit und Heilung bei sog. Nebenabreden, Jur. W 1922 S. 186
Unger: System des oesterreichischen Privatrechts, 1876
Wächter: Pandekten, Leipzig 1880
Windscheid: Kritik über Gregorys Ratihabition, Kr. V. J. Bd. 6 S. 414 ff.

Windscheid-Kipp: Lehrb. des Pandektenrechts, 9. Aufl. Frankfurt a/M. 1906
Wittkowsky: Die Bestätigung nichtiger und anfechtbarer Rechtsgeschäfte nach gem. Recht und BGB., Rostocker Diss 1903
Wurmstich: Die Bestätigung nichtiger und anfechtbarer Rechtsgeschäfte nach BGB., Jeuenser Diss. 1910
Zitelmann: Irrtum und Rechtsgeschäft, Leipzig 1879

Zeitschriften und Entscheidungen.

Archiv für bürgerl. Recht (bürg. Arch.)
Archiv für die zivilistische Praxis (ziv. Arch.)
Deutsche Juristenzeitung (D. J. Z.)
Entscheidungen der Oberlandesgerichte (OLG)
Entscheidungen des Reichtsgerichts in Zivilsachen (RGE)
Iherings Jahrbücher für Dogmatik (Jh. Jb.)
Juristische Rundschau (Jur. R.)
Juristische Wochenschrift (Jur. W.)
Kritische Vierteljahresschrift (Kr. V. J.)
Leipziger Zeitschrift für Handels- Konkurs- und Versicherungsrecht (L. Z.)
Das Recht. Rundschau für den deutschen Juristenstand (Recht)
Seufferts Archiv (Seuff. Arch.)
Seufferts Blätter für Rechtsanwendung (Seuff. Bl.)
Warneyer. Entscheidungen des Reichsgerichts (Warn. Rspr.)
Zeitschrift für deutschen Zivilprozeß (Z. Z. P.)

Die ohne nähere Bezeichnung angezogenen Paragraphen gehören dem bürgerlichen Gesetzbuch an.

Zur Aufgabe.

Eine Erörterung der Bestätigung nichtiger Rechtsgeschäfte kann nur auf der Grundlage dessen, was unter einem Rechtsgeschäft und seiner Nichtigkeit zu verstehen ist, erfolgen. Ehe also die eigentliche Bestätigung näher behandelt wird, ist es notwendig, eine kurze Darstellung des Rechtsgeschäftsbegriffes zu geben und einige damit zusammenhängende Fragen zu erörtern. Wesentlich ist, insbesondere das Gebiet der nichtigen Rechtsgeschäfte klar zu umgrenzen, weil damit gleichzeitig die Grenzen für die Bestätigung gezogen werden. Dazu ist dann eine Darstellung des Begriffes der Nichtigkeit erforderlich. Den Hauptteil der Arbeit bildet das Wesen der Bestätigung nichtiger Rechtsgeschäfte (§ 141). Zum Schluß wird eine kurze Darstellung einiger Fragen der neueren Rechtsgestaltung, soweit sie das Gebiet der Bestätigung berühren, angefügt, wobei das Aufwertungsgesetz berücksichtigt wird

Der Begriff des Rechtsgeschäfts.

Das Recht als eine ungebundene menschliche Schöpfung sucht sich im Gegensatz zur Natur, wo jede Tatsache ihre Wirkung nach sich zieht, die Tatsache oder Tatsachencomplexe, an welche es Rechtswirkungen knüpfen will, erst aus.[1] Ein rechtliches Geschehen ist immer an den Bestand eines Rechtsgesetzes gebunden, „denn es erschöpft sich in einem durch dieses begründeten Urteil". Sowohl das Recht normierende Gesetz als auch der zugehörige sog. juristische Tatbestand bilden den „Grund" der Rechtswirkung, während jede natürliche Wirkung ihre „Ursache" in einem physischen Tatbestand hat. [2]

---

[1] Zitelmann, Irrtum S. 206

[2] Manigk, Art. Rechtswirkung S. 756.

Nicht jeder Tatbestand hat rechtliche Bedeutung. Deshalb erwecken auch nur die juristischen Tatsachen das Interesse des Juristen [1]) Es gibt juristische Tatsachen mancher Art. Rechtlich bedeutsam sind z. B. Geburt, Tod, Wohnsitz u a. m. Solche Tatsachen sind nach dem Gesetz — unbeeinflußt vom menschlichen Willen — rechtlich erheblich und zwar aus rechtstechnischen Gründen. Andere juristische Tatsachen sind Folgeerscheinungen menschlicher Willensbetätigung. Diese lassen sich erschöpfend in drei Gruppen einteilen, welche wir Delikte, Rechtshandlungen i. e. S. und Rechtsgeschäfte nennen. [2]) Die Delikte und Rechtshandlungen i. e S. sind juristische Tatsachen als Betätigung eines menschlichen Willens. aber ohne einen auf Rechtswirkungen gerichteten Willen. Die Rechtsordnung knüpft aus rechtspolitischen Gründen Rechtsfolgen an ihre Erscheinung Die letztere in Betracht zu ziehende Gruppe sind die juristischen Tatsachen mit einem auf Rechtswirkungen gerichteten Willen. Das erste Buch des BGB ist im zweiten Titel des dritten Abschnitts mit „Willenserklärung", welche mit unter den Rechtsgeschäften behandelt wird, überschrieben Der Ausdruck Willenserklärung läßt schon erkennen, daß sie die Erklärung des Willens als Grunderscheinung des geistigen Lebens [3]) bedeutet. Eine solche Erklärung kann auf vielfach verschiedene Art abgegeben werden. Sie ist nicht auf die durch die Sprache vermittelte ausdrückliche Mitteilung beschränkt. Eine große Bedeutung haben im praktischen Recht die stillschweigenden Willenserklärungen. Begrifflich kann aber eine Willenserklärung immer nur dann vorliegen, wenn die Erklärung eindeutig einen bestimmten Willensinhalt erkennen läßt So begreift Windscheid [4]) unter stillschweigenden Willenserklärungen solche, „bei denen ein Benehmen vorliegt, welches auf das Vorhandensein eines Willens einen sicheren Schluß gewährt". Es ist ein Grundsatz, welcher auf alle Willenserklärungen auszudehnen ist. Zum Begriff der Willenserklärung gehört danach allgemein, daß die Erklärung, wie immer sie auch gestaltet sein möge, eindeutig einen bestimmten Willen zum Ausdruck bringt.

Im dritten Abschnitt des ersten Buches handelt das BGB von den Rechtsgeschäften, vermeidet aber — wie bei der Willenserklärung so auch hier — den Begriff eines solchen

---

1) Böhm, S. 9.
2) Manigk, Art. Rechtshandlungen S. 665 ff; Irrtum und Auslegung S. 274.
3) Enneccerus, Rechtsgeschäft S. 5.
4) Windscheid-Kipp, Bd. 1, § 72, S. 337.

zu definieren und den in der Wissenschaft seit Jahrzehnten darüber währenden Streit abzubrechen. Windscheid [1]) leugnet den praktischen Wert einer Begriffsbestimmung des Rechtsgeschäfts, wenn er erklärt, daß dieser Begriff ein rein wissenschaftlicher sei, den die Rechtswissenschaft eigens zu ihren Zwecken aufgestellt habe. Eines festen Begriffes praktischer Wert kann aber nicht geleugnet werden [2]), weil sich dadurch eine unzweckmäßige kasuistische Regelung oft ganz vermeiden läßt. — Nach der Einteilung des dritten Abschnittes, in welchen wir auch die Willenserklärung eingereiht finden, wird der Anschein erweckt, als ob die Willenserklärung eine Unterabteilung des Rechtsgeschäfts wäre, und diese jene zum Inhalt haben könnte. In der Tat wird auch die herrschende Auffassung vertreten, daß die Willenserklärung wesentlicher Bestandteil des Rechtsgeschäfts sei, wie die meisten Begriffsdefinitionen erkennen lassen Manche Autoren verteidigen den noch weitergehenden Standpunkt, daß die Begriffe Willenserklärung und Rechtsgeschäft sich decken [3]). Doch beide Begriffe sind von einander zu trennen

Da im röm. Recht überhaupt wenig Bedürfnis vorhanden war, Begriffsarten zu bilden [4]), wird auch vielfach von unserem heutigen Rechtsgeschäft angenommen, daß es dem röm. Recht noch völlig fremd gewesen sei [5]), und nur Ausdrücke wie actum factum, negotium u. a. etwas ähnliches bedeuten.[6]) In Wahrheit ist aber das Rechtsgeschäft schon im röm. Recht zu finden, wo es als empirische Größe im Gebrauch war und seine reale Grundlage in den verschiedenen Geschäftstypen des röm. Rechts, welche eine gleichartige Behandlung erfuhren, hatte. Nur eine Definition des logischen Begriffes des Rechtsgeschäftes fehlte [7]). Den Begriff des Rechtsgeschäfts ausgebildet zu haben [8]), ist

---

1) Windscheid-Kipp. Bd. 1, § 69, Anm. 1.

2) s. auch Manigk, WE und WG § 4; Irrt. und Ausleg. S. 7 ff, Engelbrecht, S. 10.

3) vgl. z. B. Savigny, Bd. III, § 104, S 6. Aehnlich Windscheid-Kipp, Bd. I, § 69, S. 312. Motive, Bd. I, S. 126. Planck, Vorbem. vor §§ 104 ff. Zitelmann (S 281) macht dem empirischen Umfang nach keinen Unterschied.

4) Brinz-Lotmar, Bd. IV, S. 8. Anm. 9.

5) vgl. Gradenwitz, S. 1 ff, 298. Regelsberger, Bd. I, § 135 Anm. 1. Jacobi, ziv. Arch. Bd 86, S. 58, aber auch Sintenis, Bd. I § 19 Anm. 1.

6) Regelsberger a. a. O.

7) Manigk, Irrtum S. 66 f. S. 22 Anm 2; WE und WG S. 27 f. s. auch Zitelmann S. 256.

8) Nach Schloßmann (Vertrag S. 131 ff.) findet sich das Rechtsgeschäft schon in systematischer Einordnung bei Hugo (Pandekten Berlin 1805)

ein Verdienst der gemeinrechtlichen Entwicklung des röm. Rechts, ohne ihn aber einheitlich auszugestalten oder allgemein zur Anerkennung zu bringen [1]). Von den zahlreichen Rezensionen des Geschäftsbegriffes können hier nur einige hervorgehoben werden. — Arndts [2]) definiert das Geschäft als eine Willenserklärung, deren Zweck und Absicht wesentlich auf eine rechtliche Wirkung, Entstehung, Endigung oder Aenderung eines Rechtsverhältnisses gerichtet ist. Er hält es nicht für sprachwidrig, z. B. auch richterliche Urteile sowie prozessuale Handlungen Rechtsgeschäfte zu nennen. Dagegen bezeichnet Windscheid [3]) es als eine auf die Hervorbringung einer rechtlichen Wirkung gerichtete private Willenserklärung. Dem Sinne nach kehrt diese Begriffsbestimmung bei den meisten Autoren wieder. Auch in den Motiven zum BGB [4]) heißt es: „Das Rechtsgeschäft ist eine Privatwillenserklärung, gerichtet auf die Hervorbringung eines rechtlichen Erfolges, welcher nach der Rechtsordnung deswegen eintritt, weil er gewollt ist". Im Gegensatz zu Arndts wird hier eine private Willenserklärung vorausgesetzt, immer aber wird für den Geschäftsbegriff das Wollen der Rechtswirkungen verlangt. Das Letztere hat insoweit den Vorzug eines praktischen Wertes, weil es auf die Frage nach dem Inhalt jedes einzelnen Geschäfts die grundsätzlich richtige Antwort gibt: „Die wesentlichen Rechtsfolgen müssen gewollt sein.[6]) Der Wille als Hauptelement des Geschäftsbegriffes fehlt aber dem Urteil des Richters. Es begründet zwar privatrechtliche Wirkungen, aber der Richter fungiert nicht als Vertreter des Staates in fiscus-Eigenschaft, sondern übt eine öffentlich-rechtliche Tätigkeit im Gebiete des staatlichen Hoheitsrechtes aus.[7]) Die Urteile sind „Aeußerungen der Ueberzeugung, da die Rechtsordnung dem Richter befiehlt, nach seiner Ueberzeugung Recht zu sprechen, unbekümmert um die Folgen seines Urteils".[8]) Sie sind eine Tätigkeit des Intellektes, Urteile in logischem Sinn. Sie gehen nicht vom Willen aus.[9]) Wir können also der Auffassung von Arndts nicht folgen und in den Begriff des Rechtsgeschäfts richterliche Urteile einschließen. Ebensowenig gehören prozessuale

[1]) vgl. z. B. Schloßmann Vertrag § 17
[2]) Arndts § 63 S. 89, vgl. auch Zitelmann S. 232
[3]) Windscheid-Kipp a. a. O. § 69 S. 310
[4]) Mot. 1 S. 126
[5]) Enneccerus, Rechtsgeschäft S. 55.
[6]) Vgl. Hummel S. 17; Engelbrecht S. 11
[7]) Thon, Rechtsnorm und subjektives Recht S. 373
[8]) Eisele, Compensation S. 275. A. M. Enneccerus (Rechtsgeschäft S. 55 Anm. 1): „Der Richter findet nicht nur sondern verkündet das Gefundene

Handlungen dazu, weil diese nur ein dem Zweck der Sache entsprechendes Verhalten sind, welches seine Veranlassung gerade im Gesetz findet. Insoweit ist es also eine rein terminologische Frage, ob man für den Geschäftsbegriff den Ausdruck Privatwillenserklärung oder einfach Willenserklärung verwendet. Indessen spricht man in Anlehnung an das Privatrecht auch von Rechtsgeschäften des öffentlichen Rechts. Die Unzulänglichkeit der öffentlich-rechtlichen Gesetzgebung macht es dem Verwaltungsrichter zur Notwendigkeit, privatrechtliche Rechtsnormen auf das öffentliche Recht anzuwenden. Die Zulässigkeit solcher Anwendung wird im Allgemeinen weder von der Wissenschaft noch von der Praxis bestritten.[1]) Ob es danach notwendig erscheint, auch Rechtsgeschäfte des öffentlichen Rechts anzuerkennen, mag für uns dahingestellt bleiben, jedenfalls kennt auch das öffentliche Recht Rechtsgeschäfte seines Gebiets[2]) Es ist aber daran festzuhalten, daß sie begrifflich nicht zu den Geschäften des Privatrechts gehören, denn sie sind keine Beziehung von Person zu Person oder zu einer Sache, wie bei den Rechtsverhältnisse schaffenden Geschäften des Privatrechts. Damit der Begriff des Rechtsgeschäfts seine Bedeutung und seinen wissenschaftlichen Wert behält, ist er auf solche Rechtsakte zu beschränken, die gemeinsamen Normen unterstehen.[3]) Wir scheiden deshalb das öffentliche Recht für unsere Betrachtungen von vornherein aus, halten es zur klaren Unterscheidung aber für zweckmäßig, die privatrechtliche Seite des Geschäftsbegriffes hervorzuheben.

Im Gegensatz zu der Auffassung, daß die Willenserklärung wesentliches Merkmal des Geschäftsbegriffes sei, will Manigk[1]) die Willenserklärung ausscheiden und lediglich den Erfolgswillen, wenn die Rechtsordnung in ihrem Tatbestand ihn verlangt, für den Begriff maßgebend sein lassen. Offenbar ist der Beweis der Richtigkeit dieser Ansicht durch rechtliche Betrachtungen über die Aneignung herrenloser Sachen und die Dereliktion mit Manigk

---

und darin liegt so gut ein auf die Geltung des Verkündeten gerichteter Willensakt als in der Verkündigung des Gesetzes". Ohne die private Natur zu betonen sagt er aber (Lehrbuch § 136 II): „Das Rechtsgeschäft ist ein Tatbestand, der eine Willenserklärung oder eine Mehrheit von solchen enthält, und von der Rechtsordnung als Grund für den Eintritt der als gewollt bezeichneten Rechtswirkung anerkannt ist".

[1]) Pappenheim S. 2 ff.

[2]) Engelmann Bd. 1 § 33 S. 95; Kormann a. a. O.

[3]) s. darüber auch Kormann S. 18 ff.

[1]) Manigk, D. J. Z. 1902 S. 279 ff; ähnlich Brinz-Lotmar Bd. IV § 563 S. 246; Hölder, Pandekten § 41 Anm. 1 S. 216

zu erbringen. Er kommt zu der Bestimmung:[1] „Die Rechtsgeschäfte sind vom objektiven Recht normierte juristische Handlungen, durch die der Parteiwille seinem Interesse dienende privatrechtliche Wirkungen verursachen kann". Auch hier werden die Geschäfte des öffentlichen Rechts ausgeschlossen. Wichtig ist aber, daß der innere Wille allein solche Bedeutung erlangt, indem die Willenserklärung nicht mehr erforderlich sein soll. Scheinbar ist diese Auffassung mit dem Gesetz nicht vereinbar. Schon nach den Motiven[2]) sind Rechtsgeschäfte Willenserklärungen, und § 985 bestimmt: „Wer eine herrenlose bewegliche Sache in Eigenbesitz nimmt, erwirbt das Eigentum an der Sache", während nach § 959 eine bewegliche Sache dann herrenlos wird, wenn der Eigentümer, in der Absicht auf das Eigentum zu verzichten, den Besitz der Sache aufgibt. Beide §§ setzen zum Rechtserfolg den Erfolgswillen voraus, und beide fordern ein äußerlich erkennbares Zeichen zum Rechtserfolg. Nur wer die herrenlose Sache in Besitz nimmt und als ihm gehörend betrachtet erwirbt das Eigentum. Nur wer den Besitz der Sache aufgibt und auf das Eigentum verzichtet entledigt sich des Eigentums. Die Frage also, ob der Wille allein zum Rechtserfolg genüge, ist in verneinendem Sinne zu beantworten. Dennoch ist aber die Willenserklärung im Geschäftsbegriff entbehrlich. Trifft nämlich das Inbesitznehmen, bzw. die Besitzaufgabe nicht unmittelbar mit dem entsprechenden Erfolgswillen zusammen, fällt jenes zeitlich vor diesen, dann wird deutlich erkennbar, daß der Tatbestand der Inbesitznahme, bzw der Besitzaufgabe, keine Willenserklärung ist. Nach unserer Darlegung ist notwendig, daß der Tatbestand eindeutig einen bestimmten Willen verrät, um Willenserklärung zu sein. Hier aber entspricht der Tatbestand nicht eindeutig dem für die Außenwelt nicht erkennbaren inneren Willen. Es ist aber nicht zweifelhaft, daß der Rechtserfolg auch in der so gedachten Weise eintritt, also selbst dann, wenn ursprüglich nur Besitzwille vorhanden war. Zählt man ferner Aneignung und Dereliktion zur Kategorie der Rechtsgeschäfte, so ergibt sich, daß die Willenserklärung kein Tatbestandsmerkmal des Rechtsgeschäfts sein muß. Sie bildet ein wesentliches Merkmal in den Fällen — das sind zwar die zahlreichsten —, wo mit dem Rechtsgeschäft eine fremde Rechtssphäre betroffen wird. Ebenso ist es im Einzelfall möglich, daß das Rechtsgeschäft zugleich Willenserklärung ist, dann nämlich, wenn die Willens-

---

[1]) Manigk, Anwendungsgebiet S. 19

[2]) Mot. 1 S 216

erklärung allein schon den Rechtswirkungen begründenden Tatbestand bildet. — Auf Grund des richtigen Gedankens, daß die Erklärung des Willens nur dort erforderlich erscheine, wo fremde Rechtssphären berührt werden, und des Satzes, daß Rechtsverhältnisse als rechtliche Beziehungen von Person zu Person oder einer Sache gelten,[1]) teilt Manigk[2]) die Rechtsgeschäfte in Erklärungs- und Willensgeschäfte. Die ersteren haben eine Willenserklärung zum Inhalt, die letzteren entbehren einer solchen. Eine klare begriffliche Trennung ist in seinem neueren Werk „Willenserklärung und Willensgeschäft" durchgeführt.[3]) Das Willensgeschäft besteht danach in einer, in rechtsgeschäftlicher Absicht vorgenommenen Handlung. Der Wille als innerer seelischer Vorgang ist seiner Natur nach unvollendet und kann deshalb von der Rechtsordnung nicht mehr berücksichtig werden. Der Wille vollendet sich erst in einer Handlung oder einem Verhalten. Hat er in einem, seinem Inhalt entsprechenden körperlichen Verhalten seinen Abschluß gefunden, dann kann er Rechtswirkungen haben. Ein Willensgeschäft ist zum Unterschied vom Erklärungsgeschäft dann gegeben, wenn das Interesse eines Gegners eine Erklärung des rechtsgeschäftlichen Willens nicht erfordert.[4]) Eine solche Unterscheidung entbehrt nicht des Grundes, zumal das Gesetz selbst die Unterlagen dazu neben anderen Fällen auch bei der erwähnten Dereliktion und Aneignung enthält. Die richtige Begriffsbestimmung des Rechtsgeschäfts erhalten wir nur unter Einbeziehung auch dieser Willensgeschäfte. Wenn z. B. der der corpus-Handlung der Besitzaufgabe nachfolgende Wille, auch das Eigentum aufzugeben, nicht allein genügt, um die Dereliktion zu bewirken, vielmehr die nach außen hin erkennbare Tatsache der Besitzaufgabe hinzutreten muß, so ist letzteres das dem Willen entsprechende Verhalten. Dabei ist es gleichgültig, ob die Besitzaufgabe zeitlich dem Erfolgswillen voraufgeht. Sie wirkt gewissermaßen fort und trifft mit dem später gefaßten Dereliktionswillen zusammen, woran das Gesetz nunmehr den Eigentumsverlust knüpft. Wille und äußeres Tatmoment zusammen bilden das Rechtsgeschäft. Danach ist das Rechtsgeschäft ein auf privatrechtliche Wirkungen gerichteter Wille in Verbindung mit einem dazu von der Rechtsordnung

---

[1]) Manigk, Anwendungsgebiet S. 15 Dernburg Bd. I § 40
[2]) Manigk, Anwendungsgebiet S. 22 f; D. J. Z. 1902 S. 279 ff
[3]) Manigk a. a. O. S. 436 ff (Definitionen S. 45.) Hier weicht Manigk in seiner Lehre vom Rechtsgeschäft bzgl. des Willens von seinem früheren Standpunkt ab.
[4]) Manigk, WE und WG S. 517 u. ff.

geforderten äußeren Tatbestand.[1]) Maßgebend für den Geschäftsbegriff ist danach wesentlich der Erfolgswille. Doch ist das nicht dahin zu verstehen, daß der innere Wille immer ganz auf den eintretenden Rechtserfolg gerichtet sein müßte. Gewohnheitsmäßige, tägliche Handlungen treten in ihrer rechtlichen Bedeutung häufig nicht mehr ins Bewußtsein des Handelnden.[2]) Das sind Eigentümlichkeiten des menschlichen Geistes, durch die der rechtliche Charakter einer Handlung nicht verändert wird.[3]) Ebenso sind oft die Folgen eines Geschäfts, die das Gesetz daran knüpft, nicht gewollt. So haftet der Gastwirt auch ohne seinen Willen, oder ohne daß er sich dessen bei Abschluß des Gastaufnahmevertrages bewußt wird dem Fremden für die eingebrachten Sachen.[4]) Diese Tatsachen legen den Gedanken nahe, daß der Erfolgswille kein notwendiges Merkmal des Geschäftsbegriffes zu sein braucht Unter besonderer Berücksichtigung der Fälle der sog. Mentalreservation vertritt in der Tat Bülow[5]) diesen Standpunkt Er sagt: „Wenn der Wirkungswille zum Wesen, zum Begriffe des Rechtsgeschäftes gehörte, ... so wäre die Möglichkeit ausgeschlossen, daß irgendeine Erklärung, die ohne Wirkungswillen, z. B. unter Mentalreservation abgegeben ist, ein gültiges, wirksames Rechtsgeschäft sein könnte". Ein wirksames Rechtsgeschäft kann nach § 116, welcher eine Willenserklärung noch nicht deshalb nichtig sein läßt, weil sich der Erklärende insgeheim vorbehält, das Erklärte nicht zu wollen, tatsächlich entstehen. Hier kommt es also auf einen Erfolgswillen nicht an. Aber muß deshalb der Erfolgswille für den Geschäftsbegriff entbehrlich sein? § 116 bedeutet wohl ein Zugeständnis an die Erklärungstheorie, die aber nicht grundsätzlich für das BGB. gilt, wie auch aus dem Zweck des § 116 hervorgeht[6]) Ohne diese gesetzliche Bestimmung wäre nicht ohne weiteres klar, daß die Wirkung einer insgeheim nicht gewollten Willens-Erklärung, resp. eines Rechtsgeschäfts nicht doch eintreten müßte. Im Interesse eines geordneten sicheren Rechtsverkehrs, in dem das Vertrauendürfen eine so große Rolle spielt, mußte deshalb

---

[1]) vgl. hierzu auch die Darstellung bei Hellmann (Jh. Jh. Bd. 42 S 437), der nur bei empfangsbedürftigen Willenserklärungen von einer eigentlichen WE spricht, dagegen die nicht empfangsbedürftigen WEen nicht als solche anerkennt, sondern dafür den Ausdruck „Willensverwirklichungen" gebraucht
[2]) Rutenbeck S. 5
[3]) Manigk, Anwendungsgebiet S. 28
[4]) Rosenthal S. 4
[5]) Bülow, Geständnisrecht S. 123
[6]) s. auch Manigk, Irrt. und Ausl. § 13 S. 50 ff.

der § 116 notwendiges Gesetz werden. Ohne ihn ist die Sicherheit des Rechtsverkehrs gefährdet, weil sich sonst jedermann gern auf einen geheimen Willen, der ja dann maßgebend sein müßte, obwohl er nur vorgeschützt, nicht bewiesen wäre, berufen würde, wenn ihm die Wirkungen seiner Erklärung später lästig werden. Aehnliches gilt auch von den Irrtumsfällen, an welche Bülow wohl noch denkt. Nur die Sicherheit des Rechtsverkehrs gebietet eine Durchbrechung des Grundsatzes, daß dem Willen die Rechtsgestaltung überlassen ist. Im Uebrigen sind hier[1]) keine Gründe einzusehen, weshalb die Rechtsordnung den Willen nicht berücksichtigt. So bestimmt auch § 116 S. 2, daß die Erklärung dann nichtig ist, wenn sie gegenüber einem Andern abzugeben ist, welcher den geheimen Willen kennt. Die genannte Bestimmung ist daher kein Regelfall, sondern eine notwendige Ausnahme, welche den Erfolgswillen als wesentliches Merkmal des Geschäftsbegriffes nicht beseitigen kann.

Die Begriffsbestimmung des Rechtsgeschäfts reicht nicht aus, um auch die wirkungslosen Geschäfte mit zu umfassen. Angesichts des Geschäftsbegriffes ist es eine Ungenauigkeit der Ausdrucksweise von unwirksamen oder nichtigen Geschäften zu sprechen. [2]) Es ist deshalb zu empfehlen, die Bedeutung des Rechtsgeschäfts in doppeltem Sinne zu verstehen. Manigk[3]) unterscheidet logisch zwischen dem abstrakten und konkreten Begriff und sagt zutreffend, daß man korrekt ein nichtiges Geschäft immer noch als Rechtsgeschäft bezeichnen könne, da auch das nichtige Geschäft noch die Begriffsmerkmale eines solchen an sich trage. Danach umfaßt der konkrete Begriff nur die wirksamen Geschäfte, während der wissenschaftliche, abstrakte Begriff sich auch auf die wirkungslosen Rechtsgeschäfte bezieht.

Das nichtige Rechtsgeschäft.

Haben wir den konkreten Geschäftsbegriff festgestellt, um danach im Einzelfall das Rechtsgeschäft bestimmen zu können, so müssen wir aus demselben Grunde feststellen, was unter der Nichtigkeit eines solchen zu verstehen ist. Ein feststehender Begriff der Nichtigkeit, welcher für jedermann gelten muß, ist

1) Es gibt allerdings noch andere Gründe, die den Anlaß geben, den Willen einzuschränken, z. B. moralische Gründe bei unsittlichen Geschäften. Doch gelten sie unter anderen Voraussetzungen.

2) Windscheid-Kipp Bd. 1 § 69 Anm. 1d; Dernburg, Pand. Bd. 1 § 91 S. 214; Rutenbeck S. 12; Böhm S. 11

3) Manigk, WE und WG S. 188 f § 24

bisher im Gesetz noch nicht geschaffen. In der Gesetzgebung ist es nur bei einem Versuch geblieben. Deshalb sind die darüber bestehenden Auffassungen ebenso geteilt wie bei dem Geschäftsbegriff. Ohne einen für uns maßgebenden Nichtigkeitsbegriff ist auch eine Behandlung der Bestätigung nichtiger Rechtsgeschäfte nicht möglich.

In den Quellen des röm. Rechts gibt es gewisse Ausdrücke, die wir der Nichtigkeit vergleichen können, wie z. B. negotium nullum l. 1 § 3 D. de pact. 2,14; negotium nullius momenti l. 1 D. de iniust. test 28,3; matrimonium non erit, l. 63 D. de rit. nupt. 23,2. Wie aber überhaupt die Artenbildung bei den Römern im Argen lag, so kannten sie auch keinen einheitlichen Nichtigkeitsbegriff,[1]) an anderen Stellen kehren die gleichen Bezeichnungen z. B. auch für anfechtbare Geschäfte wieder,[2]) und dieselben Ausdrücke finden sich auch bei bedingten Rechtsgeschäften, wenn die Bedingung unmöglich geworden oder weggefallen ist.[3]) Eine Herausbildung des Nichtigkeitsbegriffes blieb erst der gemeinrechtlichen Entwicklung vorbehalten. So nennt z. B. Savigny[4]) die Nichtigkeit eine „vollständige Ungültigkeit, welche in einer reinen Verneinung der Wirksamkeit besteht, also an Kraft und Umfang der Tatsache selbst, worauf sie sich verneinend bezieht, völlig gleichsteht". Köppen[5]) faßt die Nichtigkeit enger, indem er nur da von nichtig spricht, wo überhaupt jede juristische Lebensäußerung fehlt. Er kennt die Nichtigkeit nur unter Gründen der mangelnden vorgeschriebenen Form, der mangelnden Handlungsfähigkeit oder der Gesetzwidrigkeit. Nach Windscheid[6]) ist das nichtige Geschäft in der Weise ungültig, „daß es die von ihm beabsichtigte Rechtswirkung garnicht erzeugt, ebensowenig als wäre es nie abgeschlossen worden". Eine Klarheit darüber, was unter dem nichtigen Geschäft zu verstehen sei, herrschte demnach nicht, und Jacobi hatte Veranlassung, von einer „chaotisch verwirrten Nichtigkeitslehre", die infolge übergroßer Fruchtbarkeit der Literatur entstanden sei, zu sprechen.[7])

[1]) Windscheid-Kipp Bd. 1 § 82 Anm. 2; Regelsberger Bd. 1 § 145 Anm. 6; Dernburg, Pand. Bd. 1 § 120 Anm. 1; Seuffert S. 19
[2]) vgl. z. B. negotium nullius momenti 1. § 3 D. pro socio 17,2
[3]) Windscheid-Kipp Bd. 1 § 82 Anm. 2
[4]) Savigny, System Bd. IV S. 536
[5]) Köppen S. 389 ff; ebenso Mitteis S. 103 f. Vgl. dagegen Melliger S. 103 ff; Windscheid-Kipp Bd. 1 § 82 Anm. 2
[6]) Windscheid-Kipp Bd. 1 § 82 Anm. 2
[7]) Jacobi S. 52

Für das BGB war im ersten Entwurf[1]) eine Begriffsbestimmung der Nichtigkeit vorgesehen. Danach sollte das nichtige Geschäft ein solches sein, das hinsichtlich der gewollten rechtlichen Wirkungen so angesehen wird, als ob es nicht vorgenommen worden wäre. Man ließ die Bestimmung bei den Beratungen der zweiten Kommission wieder fallen, da der Begriff hinlänglich feststehe.[2]) Aber gerade dann hätte man den „reifen" Begriff im Gesetz festhalten sollen, um eine abermalige Begriffsverwirrung zu vermeiden. — Wenn man aber bei der Redaktion des BGB davon ausging, daß der Begriff der Nichtigkeit genügend klar sei, so muß offenbar der vorgestellte Begriff auch dem BGB zugrunde liegen, und es erscheint zweckmäßig, für die weiteren Betrachtungen auch von diesem Begriff auszugehen. Eine strenge planmäßige Durchführung dieses Begriffes ist aber im BGB nicht erfolgt. Auch darin liegt ein Grund, weshalb die Festigkeit des Begriffes in der Wissenschaft noch sehr schwankt.

Je nach der Art der Rechtsgeschäfte ist die Nichtigkeit im bürgerlichen Recht verschieden begründet. Das BGB bestimmt die Nichtigkeit ganz allgemein für bestimmte Gruppen von Geschäften, daneben wird aber die Nichtigkeit auch kasuistisch ausgesprochen. Eine Einteilung nach gewissen Richtlinien ist möglich, und wir können etwa folgende Gruppen von nichtigen Rechtsgeschäften unterscheiden.

1. nichtig wegen Geschäftsunfähigkeit oder Bewußtlosigkeit eines Handelnden,
2. nichtig wegen mangelnden Willens,
3. nichtig wegen verbotenen,[3]) unsittlichen oder sonst gemißbilligten Inhalts,
4. nichtig wegen Unmöglichkeit der Leistung.[3])

Die Nichtigkeit ist in diesen Fällen nach dem Gesetz begründet für alle, weil alle miteinander gemeinsam haben, daß sie die gewollten rechtlichen Wirkungen nicht zu erzeugen vermögen.

Eine bestimmte Vorstellung verbindet sich gewöhnlich mit den, dem Gesetz bekannten anfechtbaren, unwirksamen und nichtigen Rechtsgeschäften, die wir zweckmäßig — wenngleich

---

[1]) Entw. 1 § 108

[2]) Priot. 1 S. 126

[3]) Diese Geschäfte können allerdings unter bestimmten Voraussetzungen gültig werden, nämlich dann, wenn sie für den Fall der Aufhebung des Verbotsgesetzes, bzw. des Eintritts der Leistungsmöglichkeit vorgenommen sind. Im Uebrigen ist unter Unmöglichkeit in diesem Sinne nicht eine absolute zu verstehen. Zwar ist sie auch nicht mit der bloßen Schwierigkeit zu verwechseln. Sind aber die der möglichen Leistung entgegenstehenden Hindernisse derart, das sie nur mit unverhältnismäßigen Opfern überwunden

logisch nicht ganz zutreffend —, als fehlerhafte Geschäfte zusammenfassen.[1]) Bei diesen fehlerhaften Geschäften läßt sich nachweisen, daß im BGB eine klare sachliche Trennung nicht immer durchgeführt ist. Deshalb sind die Unterscheidungsmerkmale im Folgenden hervorzuheben, um alle in Wahrheit nichtigen Geschäfte erfassen zu können.

Nach dem Gesetz gelten diejenigen Geschäfte als anfechtbar, welche durch arglistige Täuschung, durch widerrechtliche Drohung oder bei bestimmten Voraussetzungen unter Irrtum zustande gekommen sind. Sie sind eigenartig gestaltete Rechtsgeschäfte, da sie während der Anfechtbarkeit zwar Wirkungen haben, aber nicht wie die fehlerlosen Geschäfte in vollem Maße wirksam sind (vgl z. B. §§ 770, 1137, 1211, 2083). Der Grund sowohl der Nichtigkeit als auch der Anfechtbarkeit eines Geschäfts liegt in einem Mangel des materiellen Tatbestandes. Insofern kann man die Anfechtbarkeit als eine Unterart der „Ungültigkeit", die mit der Nichtigkeit verwandt ist bezeichnen. Das nichtige Geschäft ist aber ex lege und allgemein wirkungslos, während die Anfechtbarkeit eine Beschränkung der Wirkungslosigkeit dahin bedeutet, daß der Grund der Wirkungslosigkeit erst geltend gemacht werden muß und nur von dem Anfechtungsberechtigten geltend gemacht werden kann.[2]) Der bestehende Unterschied ist auch im Gesetz dadurch gewürdigt, daß die Bestätigung des anfechtbaren Geschäfts besonders geregelt ist (§ 144) und auch anderen Regeln wie die Bestätigung des nichtigen untersteht. Das anfechtbare Geschäft kann hier daher nicht interessieren. Durch die Anfechtung wird es von Grund auf zerstört. Es ist gemäß § 142 nach der Anfechtung von Anfang an als nichtig anzusehen. Nach dem Wortlaut des Gesetzes gehört also das angefochtene Geschäft zur Kategorie der nichtigen Geschäfte. Gewisse Unterschiede zwischen dem angefochtenen und dem nichtigen Geschäft sollen jedoch nicht außer Acht bleiben. Ersteres ist nur als nichtig anzusehen und deshalb zwar nach den dafür geltenden Grundsätzen weiter zu behandeln, es hat aber, solange es in Geltung stand, seine Wirkungen gehabt, die nunmehr nichtigkeithalber rückwirkend hinwegzudenken sind. Es ist insofern

werden können, so muß die für das Recht allein in Betracht kommende, vernünftige, ethische und wirtschaftliche Bedeutung des Geschäfts die Leistung als unmöglich gelten lassen. Wo hier die Grenze liegt, ist nach der vermutlichen Absicht der Parteien und nach Treu und Glauben mit Rücksicht auf die Verkehrssitte zu bestimmen (Enneccerus, Lehrbuch § 253 Anm. 2)

1) so auch Staudinger, Einleitung vor §§ 104 ff Bem. 5. Dernburg Pand. § 120 S. 281; Marks S. 15

2) Manigk, Irrt. und Ausl. S. 74 f

also eine Fiktion. Zudem ist die Anfechtung als private Erklärung eine Willenserklärung im Sinne der für diese geltenden Vorschriften. Sie kann also wiederum angefochten werden,[1]) und damit würde das als nichtig geltende Geschäft wiedererstehen, eine praktisch mögliche Denkfolge, die bei der gewöhnlichen Nichtigkeit artgemäß von vornherein ausgeschlossen ist. Deshalb spricht auch Cosack[2]) hier von einer milderen Art der Nichtigkeit. Nach dem Wortlaut des Gesetzes gilt das angefochtene Geschäft für uns aber als nichtig, und als solches haben wir es weiterhin zu berücksichtigen.

Schwieriger gestaltet sich eine klare Grenzziehung zwischen dem unwirksamen und dem nichtigen Geschäft. Ein sprachtechnischer Fortschritt des BGB liegt darin, daß es versucht, die Ausdrücke für wirkungslose Geschäfte systematisch einzuschränken. So ist z. B. die für das gemeine Recht gebräuchliche Bezeichnung „ungültig" dem BGB fremd Unverkennbar ist der Versuch alle wirkungslosen Geschäfte auf Arten der Unwirksamkeit zurückzuführen, soweit es überhaupt mit einer verständlichen Abfassung des Gesetzes vereinbar ist. Doch ist die Verschiedenheit der Ausdrucksweise noch so groß, daß man von einer völlig planmäßigen Anordnung noch nicht reden kann.[3]) Man muß oft im Einzelfall untersuchen, ob das Geschäft als nichtig oder als unwirksam zu gelten hat. Der Ausdruck „kann nicht" bedeutet im allgemeinen soviel wie nichtig, sodaß diese so bezeichneten Geschäfte auch für uns in Betracht zu ziehen sind. Ob es aber zweckentsprechend ist, neben den Ausdrücken des BGB in der Literatur noch anderslautende wie mangelhaft, erfolglos, kraftlos usw. zu gebrauchen, muß doch sehr zweifelhaft erscheinen. Die große Vielgestaltigkeit in der Ausdrucksweise wirkt nur um so mehr verwirrend, als die Ausdrücke unmöglich alle Synonyme genannt werden können.

Abgesehen von den Fällen, die im Gesetz nichtig genannt werden, sind Geschäfte, denen die ihrem Inhalt entsprechende Rechtswirkung endgültig versagt ist, auch als unwirksam bezeichnet. Es ist anzunehmen, daß der Gesetzgeber bei den als

---

[1]) Staudinger Bem. 2 zu § 144.

[2]) Cosack, Lehrb. § 76 II 2

[3]) So begegnen im BGB neben nichtigen und unwirksamen Geschäften noch solche, die „nicht wirksam (§§ 130 f, 409, 576), nicht zulässig" oder mit „kann nicht" (§§ 719, 1023 Abs. II, 1250, 1317 Abs. II, 1442, 1641, 1742, 1947, 2033 Abs II, 2065 Abs. II, 2011 Abs. I 2229 Abs. II, 2247) bezeichnet werden. Auch eine bloße Negation (z. B § 656) oder „darf nicht" im Eherecht (§§ 1303, 1310 f, 1313) drückt die Wirkungslosigkeit eines Geschäfts aus.

nichtig bezeichneten Geschäften eine bestimmte, vom Unwirksamkeitsbegriff verschiedene Vorstellung gehabt hat, da der Nichtigkeitsbegriff ja als hinreichend feststehend betrachtet wurde.[1]) Deshalb müßte auch die Unwirksamkeit regelmäßig etwas anderes bedeuten wie die Nichtigkeit. Sprachlich ist ein gewisser Unterschied vorhanden. Im Volksmunde bedeutet der Ausdruck „null und nichtig" — eine Wortwendung, die besonders auf rechtlichem Gebiet angewandt wird —, sein Eigenes. Man denkt dabei vornehmlich an die fehlerhaften Eigenschaften dessen, was „null und nichtig" sein soll. Es ist eine stärkere Ausdrucksweise als unwirksam, welches Wort seinerseits nur an die nicht erreichten Wirkungen erinnert Leonhards[2]) Vermutung, daß die Redaktoren des BGB auch bei der Abfassung des Gesetzes den sprachlichen Unterschied gewürdigt haben, ist scheinbar nicht unberechtigt. Er meint, man würde dem Gesetzgeber einen zu wenig begründeten Vorwurf der Planlosigkeit machen; doch er selbst mißt der in dieser Hinsicht im BGB gemachten Unterscheidung wenig praktische Bedeutung bei.[3]) Unverständlich ist es aber, daß Markwald[4]) mit derselben Auffassung wie Leonhard doch zu dem Ergebnis kommt, daß das BGB mit „wunderbarer Consequenz" in jedem einzelnen Fall die begriffliche Unterscheidung streng durchgeführt habe. — Die nach dem Gesetz unwirksam genannten Geschäfte sind nach dem Umfang ihrer Wirkungslosigkeit zweckmäßig in „unwirksame" und „relativ unwirksame"[5]) zu trennen.[6]) Zwischen den danach unwirksamen und nichtigen Geschäften besteht kein bedeutender sachlicher Unterschied; nur das Anwendungsgebiet ist für beide nach dem Wortlaut des Gesetzes verschieden, und es wird der Eindruck erweckt, daß der Gesetzgeber nur in einigen besonderen Fällen mit Absicht von Nichtigkeit spricht, um eine besonders scharfe Form der Unwirksamkeit zu wählen. Dementsprechend begegnet in der Literatur[7]) die Auffassung, daß Unwirksamkeit ein Oberbegriff sei, der auch die Nichtigkeit einschließe. Dann müßte ein nichtiges

---

[1]) s. Entw. I § 108 und Prot. I S. 126

[2]) Leonhard, Allgem. Teil S. 433

[3]) „ „ „ S. 439, ebenso Markwald S. 58

[4]) Markwald a. a. O. und S. 33 ff. Mittels eines „Rechenexempels" kommt er zu dem Ergebnis!

[5]) „relativ unwirksam" auch in den Mot. I S. 213; ferner Endemann S 316; Eck S. 41; Bendix S 152

[6]) vgl. z. B. §§ 111, 174, 319 Abs. II, 2077 Abs. I, II, 2101, 2180, 2202, 2268 Abs. II, 2289, 2298 und entsprechend §§ 135 f. 506 883, 888, 1124 Abs. I, 1399, 2113, 2115.

[7]) so Leonhard, allgem. Teil, S. 432; Hellmann, Vorträge S. 119;

Geschäft gleichzeitig unwirksam sein, also auch die Fähigkeit haben, zu konvaleszieren. Nichtige Geschäfte sind jedoch insoweit anders geartet, als die sog. Konvaleszenz nicht auf sie, sondern nur auf unwirksame Geschäfte anwendbar ist[1]) Kann die Unwirksamkeit auch nicht als Oberbegriff gelten, so ist es doch möglich, das Anwendungsgebiet der Vorschriften für die nichtigen Geschäfte auch auf die oben unwirksam genannten Geschäfte auszudehnen. So hat Fischer[2]) gelegentlich einer Untersuchung über das Anwendungsgebiet des § 140 sich veranlaßt gesehen, über die Grenzen des Wortlauts des Gesetzes hinwegzugehen. Neben der Nichtigkeit spricht er von den anderen Kategorien der „Unwirksamkeit". Damit wird der Gedanke, auch diese anderen Kategorien auf § 140 anzuwenden, nahegelegt. Fischer unterscheidet ebenfalls innerhalb der unwirksamen Geschäfte und hält diejenigen, welche ihre vorhanden gewesene Wirksamkeit nachträglich eingebüßt haben, mit gutem Grunde nicht für umdeutungsfähig. Dagegen wendet er § 140 an auf die Fälle, die der gänzlichen, ursprünglichen Nichtigkeit gleichen. Auch die relativ unwirksamen und die sog. schwebend unwirksamen Geschäfte (vgl. § 108 u. a.) hält er für konversionsfähig. Es mag dahingestellt bleiben, inwieweit Fischers Auffassung im letzten Punkt praktisch als richtig und billig erscheinen muß, nach wissenschaftlichen Gesichtspunkten ist seine Ansicht bezgl. des Letzteren nicht zu billigen, weil er dadurch die aufgestellten Richtlinien für die Begriffsscheidung wieder beseitigt. Seiner Auffassung ist aber insoweit beizutreten, als er die von vornherein unwirksamen Geschäfte den nichtigen gleichstellt. Hier allein ist die Möglichkeit vorhanden, eine gleichartige Behandlung zuzugeben, ohne daß dem Gesetz eine die Autorität beeinträchtigende Gewalt angetan wird.

Die nach dem Gesetz nichtigen Geschäfte und diejenigen, welche wir nach den obigen Ausführungen als solche erachten, gelten in Ansehung der gewollten Rechtswirkungen als nicht vorhanden. „Die Nichtigkeit ist ein Prädikat über die Wirksamkeit des begrifflich perfekt vorliegenden rechtsgeschäftlichen Tatbestandes".[3]) Sie ist bei der lediglich logischen Existenz aller Rechtswirkungen immer nur eine Aussage über den Eintritt der

Crome S 345 f; Dernburg, Lehrbuch S. 389. Zitelmann (Irrtum S. 299) macht garkeinen Unterschied.

1) Enneccerus, Lehrbuch § 191 III; Dernburg, Lehrbuch S. 389; Fischer erkennt dagegen auch eine heilbare Nichtigkeit an. (s. Konversion S. 7)

2) Fischer, Konversion S. 20 f

3) Manigk, WE und WG S. 188 f

letzteren.[1]) Die nichtigen Geschäfte sind also mehr als Nicht-Rechtsgeschäfte, weil diesen auch die rechtsgeschäftlichen Begriffsmerkmale fehlen.[2]) Man kann das nichtige Geschäft nicht allgemein als etwas rechtlich nicht Vorhandenes bezeichnen, welches nur als faktisches Geschehnis existiere.[3]) ebensowenig wie man die Fälle bloßer Gefährdungshaftung, die auch rechtsbedeutsam sind, juristisch irrelevante Ereignisse nennen kann. Auch der Tatbestand eines nichtigen Geschäfts, das zwar oft keiner juristischen Lebensäußerung fähig ist, kann rechtsbedeutsam sein. So bewirkt die Anfechtung Nichtigkeit des Geschäfts und hat bisweilen Schadensersatzpflichten zur Folge, ohne daß immer ein Verschulden des Anfechtenden notwendig ist. Ohne Verschulden kann aber die Ersatzpflicht nicht daraus begründet werden, daß sie aus einer im äußeren Geschehnis sich findenden culpa in contrahendo zu erklären ist.[4]) Diese Ansicht ist nur da zu rechtfertigen, wo die Ersatzpflicht wirkliche Folge eines schuldhaften Handelns ist, wie z. B. in dem besonders geregelten Falle des § 307.

Zu den hier behandelten Fällen nichtiger Geschäfte gehört nicht auch die bei manchen Autoren[5]) erwähnte, sog relative Nichtigkeit, welche etwa in den §§ 135 f, 506, 883, 888, 1124 Abs. 1, 1399, 2113, 2115 vorliegen soll[6]) Man müßte, um diese Bezeichnung zu rechtfertigen, auch den Gegensatz der absoluten Nichtigkeit im Gesetz kennen. Im BGB gibt es aber keine attributive Nichtigkeit, sondern nur eine solche ohne nähere attributive Bestimmung, zudem gebraucht das Gesetz in jenen §§ den Ausdruck „unwirksam". In Uebereinstimmung mit dem Nichtigkeitsbegriff des bürgerlichen Gesetzbuches vermeidet auch § 7 KO neuer Fassung den früher in § 6 bestehenden Ausdruck nichtig und läßt statt dessen die Rechtshandlungen des Kridars gegenüber den Konkursgläubigern nur noch unwirksam sein. Da mit unserer Begriffsbestimmung eine relative Nichtigkeit nicht vereinbar ist, noch auch dem Gesetz entspricht, ist es u. E. weder richtig noch zweckentsprechend, in der Wissenschaft von

---

1) Manigk, Irrtum und Auslegung S. 77

2) Unrichtig daher Zitelmann S. 300 Anm. 275

3) Staudinger Bem. 2 zu § 141; Bendix § 19 S. 147; Hellmann, Vorträge S. 113

4) So Mot. I S. 217

5) z. B. Cosack § 53 II 1; Matthias § 55 IV S. 124; Oertmann Bem. 1 zu § 141; Windscheid-Kipp Bd. 1 § 82 Anm. 8

6) Es herrscht auch keine Einigkeit darüber was unter der relativen Nichtigkeit zu verstehen sei. Im gem. Recht begriffen manche Autoren darunter die Anfechtung, deren Wirkung ex tunc eintritt. Daneben wird sie von Anderen

einer relativen Nichtigkeit zu reden, wo der Ausdruck „relativ unwirksam“ seine gute Verwendung findet[1]) Aus ähnlichen Gründen halten wir es nicht für richtig, von einer schwebenden Nichtigkeit, die das BGB nach Enneccerus[2]) kennen soll, zu sprechen. Was Enneccerus unter der schwebenden oder unentschiedenen Nichtigkeit versteht, ist in Wahrheit nur Anfechtung[3]) oder Bedingung.

Unbeeinflußt bleibt der Nichtigkeitsbegriff durch eine Teilnichtigkeit, wie sie nach § 139 möglich ist. Danach ist das ganze Geschäft nichtig, wenn ein Teil desselben nichtig und anzunehmen ist, daß es auch ohne den nichtigen Teil vorgenommen sein würde[4]) Auch in diesem Fall bleibt die Nichtigkeit sich gleich. Das Geschäft ist in Ansehung der gewollten rechtlichen Wirkungen entweder von vornherein ganz wirkungslos, also nichtig, oder doch hinsichtlich des mit einem Nichtigkeitsgrunde behafteten Teiles nichtig. Ebensowenig wird die Richtigkeit der gegebenen Definition dadurch beeinträchtigt, daß es sich scheinbar in den §§ 134, 306 nicht um eine reine Nichtigkeit handelt, weil ein gegen ein gesetzliches Verbot verstoßender Vertrag, sowie ein solcher, der wegen ursprünglicher objektiver Unmöglichkeit der Leistung nichtig ist, seinem ganzen Inhalte nach als gültig gilt, wenn er für den Fall geschlossen wird, daß die Aufhebung des Verbotsgesetzes erfolgt, oder die Unmöglichkeit der Leistung behoben wird (§§ 308, 309).

In Wahrheit wird das Wesen der Nichtigkeit dadurch nicht verändert. denn diese unter solchen Bedingungen möglichen Geschäfte fallen nicht mehr unter die §§ 134, 306, also auch nicht unter den Begriff der Nichtigkeit. Das folgt aus der Natur dieser Geschäfte, deren Zweck und Inhalt weder gesetzwidrig noch illusorisch sein kann.

Eine Folge des Nichtigkeitsbegriffes ist, daß das nichtige Geschäft für alle Beteiligten von vornherein vollständig wirkungslos ist. Die Nichtigkeit kann von jedem rechtlich daran interessierten Dritten gegenüber jedermann geltend gemacht werden.[5]) Eine Nichtigkeitsklage wie die dem gem. Recht noch bekannte „querela nullitatis“ erscheint bei dem Sinn der Nichtigkeit als etwas

als selbständiger Begriff behandelt, während eine dritte Ansicht dahingeht, daß die relative Nichtigkeit vom Nichtigkeitsbegriff mitumfaßt werde.

[1]) vgl. oben S. 14

[2]) Enneccerus, Lehrb. § 189 II. (Er lehnt übrigens eine relative Nichtigkeit ab)

[3]) Im gem. Recht schon Regelsberger Bd. 1 § 174 S. 635

[4]) Im röm. Recht war dagegen ein solches Geschäft insoweit immer wirksam, als die Nichtigkeit nicht reichte.

[5]) RGE. Bd. 78 S 345

Ueberflüssiges. Dem praktischen Bedürfnis, eine klare Feststellung der Nichtigkeit zu erreichen, genügt vollauf die negative Feststellungsklage des § 256 ZPO. — Hat das Gesetz die Nichtigkeit erst einmal ausgesprochen, so kann die Zeit keinen rechtlich verändernden Einfluß auf das Geschäft ausüben (quod ab initio vitiosum est, non potest tractu temporis convalescere), ebensowenig wie es grundsätzlich ausgeschlossen ist, die Nichtigkeit mittels Einrede der Arglist zu beheben.[1]) Insoweit ist die Nichtigkeit eine dauernde, die der Richter im Prozeß stets von Amtswegen zu berücksichtigen hat. Indessen sind diese Grundsätze im BGB von gewissen Ausnahmen durchbrochen. So kann die Nichtigkeit der Ehe nach § 1329 nur im Wege der Nichtigkeitsklage geltend gemacht werden (Sie hat aber nur deklaratorische Bedeutung). In manchen Fällen tritt trotz ursprünglicher Nichtigkeit unter gewissen Voraussetzungen eine Art Heilung ein, wie z. B. bei der Erfüllung im Schenkungsfall oder der Bürgschaftsverpflichtung (§§ 518 Abs. 1, 677).[2]) Die Nichtigkeit kann aber unter geeigneten Umständen mittels Umdeutung des Geschäfts beseitigt werden, oder doch eine Abschwächung erfahren.[3]) Das ist dann möglich, wenn das nichtige Geschäft in seinem tatsächlichen Bestand immer noch den Erfordernissen eines anderen entspricht, und die Annahme berechtigt ist, daß die Parteien bei Kenntnis der Nichtigkeit des vorgenommenen das umgedeutete Geschäft gewollt haben würden (§ 140). Eine weitere Eigenschaft des nichtigen Geschäfts besteht schließlich in der Möglichkeit seiner Bestätigung, die wir als wesentlichen Teil der Aufgabe im Folgenden ausführlicher zu behandeln haben.

Die Bestätigung nichtiger Rechtsgeschäfte.

Ein Rechtsgrund, weshalb eine Begründung, Veränderung oder Entstehung eines Rechts erfolgt, ist der Erfolgswille. Die Rechtsordnung leitet alle diese Rechtsgestaltungen in bestimmten Bahnen, um eine gleichmäßig geordnete Regelung rechtlicher Vorgänge zu erreichen. Sie trägt dabei dem Erfolgswillen in weitem Maße Rechnung. Nur wo besondere Gründe, die aus dem allgemeinen Interesse einer sicheren und billigen Gestaltung aller Rechtsvorgänge zu erklären sind, es notwendig machen,

---

[1]) vgl. z. B. Recht 1922 S. 74 No. 403, aber auch die neue anderslautende Entscheidung des Reichsgerichts in Bd. 107 S 361 (s. unten S. 51 Anm. 2)
[2]) Cosack § 76 II 1. g. (vgl. unten S 39 ff)
[3]) RGE Bd. 66 S 28; Bd. 76 S 1; Bd 79 S 3[illegible]0

da setzt die Rechtsordnung sich über den Willen hinweg und ordnet den Eintritt nicht gewollter Rechtsfolgen an, oder läßt die gewollten Rechtsfolgen garnicht eintreten. Doch auch in solchen Fällen wird der Wille noch berücksichtigt, soweit es irgend möglich ist. Die Rechtsordnung verharrt nicht so starr, dem Gewollten unter geänderten Voraussetzungen, sodaß keine Gründe mehr gegen die Verwirklichung des Willens sprechen, nicht doch in möglichst der selben wirtschaftlichen Richtung Geltung zu verschaffen. Solchen Zwecken dient u. a. der Rechtsgedanke der Bestätigung nichtiger Rechtsgeschäfte des § 141. Die Bestätigung gewährt die Möglichkeit, dem kraft gesetzlicher Vorschrift oder kraft Parteiwillkür (etwa bei vereinbarter Form) nichtigen Geschäft den Mangel zu nehmen und dem nichtigen Geschäft damit volle Wirksamkeit zu verleihen. Die Bestätigung in diesem Sinn ist ein noch verhältnismäßig neuer Begriff, über den nach verschiedenen Richtungen noch keine völlige Klarheit der Auffassungen herrscht.

Zur Geschichte der Bestätigung.

Der Ursprung der Bestätigung liegt bereits im röm Recht, wenngleich man derzeit keine besondere Bestätigung kannte. Sie wurde in dem größeren Rahmen der Lehre von der Ratihabition mitbehandelt. Dem älteren röm. Recht war auch die ratihabitio noch vollständig fremd, da es im Interesse der Rechtssicherheit einen strengen Formalismus wahrte, welcher eine nachfolgende formlose Aenderung eines bereits vorgenommenen mit einem Mangel behafteten Geschäfts überhaupt nicht gestattete.[1]) Erst die Entwicklung des Prätorischen Rechts brachte mit der Einführung und Entwicklung der Stellvertretung auch die Ratihabition. Der Begriff der ratihabitio umfaßt eine Reihe von Rechtsakten, die in der späteren dogmatischen Entwicklung des röm. Rechts erkannt wurden. Es ist im wesentlichen das Verdienst Seufferts, die einzelnen Rechtsakte klar unterschieden zu haben. Nur in unzureichendem Maße ist es seinen bei ihm selbst erwähnten[2]) Vorläufern gelungen, die Ratihabitonslehre in der richtig verfolgten Weise zu klären. Von den zahlreich erwähnten Monographien schenkt Seuffert nur dreien Beachtung, da sie neben einer einheitlichen Behandlung

[1]) Griesinger S. 5.
[2]) Seuffert S. 7 ff.

der Ratihabition noch besondere Betrachtungen über die Ratihabition von der Geschäftsführung anstellen.[1]) Im Uebrigen weisen sie gegenüber den vorangegangenen Autoren keinen Fortschritt auf. — Offenbar hat Seuffert eine bei Zimmermann ausgeführte,[2]) scheinbar wenig bekannte Habilitationsschrift Girtanners[3]) nicht zur Hand gehabt. Zimmermann teilt mit, daß schon Girtanner die Ratihabition in drei selbständige Klassen eingeteilt habe, indem er, ähnlich wie Seuffert im Folgenden, zwischen ratihabitio i. e. S., consensus subsequens und confirmatio, welche unserer Bestätigung entspricht, unterscheidet.[4]) Neben Girtanner sind es besonders Sintenis[5]) und Windscheid,[6]) die in der Unterscheidung der einzelnen Ratihabitionsarten wichtige Vorarbeit leisten, welche schließlich Seuffert insoweit für das gemeine Recht zum befriedigenden Abschluß bringt.

Ulpian gibt in l. 12 § 1 D. rat. rem 46,8 eine Definition: „Rem habere ratam, hoc est comprobare adgnoscere quod actum est a falso procuratore," welche den Eindruck erweckt, als ob die Bezeichnung ratum habere nur auf die unbeauftragte Stellvertretung anwendbar wäre. Statt dessen haben aber die Ausdrücke ratum und ratum habere je nach den Rechtsverhältnissen auf welche sie sich beziehen, ihre verschiedene Bedeutung[7]) Die Bezeichnungen ratihabitio und ratum habere sind keine rechtstechnischen, da die vorkommenden Verbindungen von ratum und esse, facere, habere, manere mit firmum esse, firmum manere (l. 8 § 25 D. de transact. 2,15), valere (z. B. ll. 16,24 D. de test mil. 29,1), non rescindi (l. 10. C. de fide instr. 4,21) gleichbedeutend gebraucht werden.[8]) Unter Beachtung bestimmter Unterschiede gliedert Sintenis[9]) die Ratihabition fünffach, indem er in folgender Weise unterscheidet.

[1]) nämlich Beckhaus. Ueber die Ratihabition der Rechtsgeschäfte, zivilistische Abhandlung, Bonn 1859; Griesinger. Zur Lehre von der Ratihabition der Rechtsgeschäfte, Tübinger Diss. 1862; Gregory: Specimen juris civilis de ratihabitione, Hagae Comitis 1864.

[2]) Zimmermann. Die Lehre von der stellvertretenden negotiorum gestio, Straßburg 1876, ebenhier S. 195 Anm. 250.

[3]) Girtanner, De ratihabitio gestorum, Jena 1848.

[4]) Marks S. 3.

[5]) Sintenis S. 159 f.

[6]) Windscheid-Kipp Bd. I § 74 Anm. 3—7; Anm. 5—7,8 des § 81; Anm. 4—6 des § 83.

[7]) Seuffert S. 6; Beckhaus S. 3. — Das Wort ratus ist das von reor-wollen, meinen abgeleitete Partizipium und bedeutet soviel wie das Gewollte, das Gemeinte. (Griesinger S. 1; Seuffert S. 5.)

[8]) Seuffert S. 5.

[9]) Sintenis a. a. O.

1. „Die Handlungen der Stellvertreter eines Andern, soweit es nicht bei ihnen aus besonderen Gründen einer Genehmigung garnicht bedarf.
2. Die Verfügungen Anderer, welche dazu nicht ermächtigt waren über uns gehörige Sachen, wodurch jene mit Dritten in ein Rechtsverhältnis getreten und ein soches an letzteren entstehen sollte.
3. Handlungen und Verfügungen Anderer über ihre Sachen, die entweder wegen eines besonderen persönlichen Verhältnisses, d. i. der väterlichen Gewalt, die ersteren, oder wegen bestehender Rechte Dritter, die letzteren nicht mit der beabsichtigten Wirkung vornehmen können.
4. Die eigenen obligatorischen Handlungen die man zu einer Zeit vorgenommen hat, wo sie aus Gründen beschränkter Handlungsfähigkeit keine vollständige, sondern nur eine naturale Wirkung haben, während die Genehmigung unter solchen Umständen geschieht, wo jene mit vollem Erfolg hätten vorgenommen werden können.
5. Die eigenen Handlungen, deren Wirksamkeit überhaupt angefochten werden konnte, welche nun durch die spätere Genehmigung unanfechtbar wird".

Der beachtenswerte Fortschritt liegt bei Sintenis darin, daß er schon deutlich unterscheidet,[1] ob die Ratihabition von einem Drittberechtigten oder dem Urheber des Geschäftes selbst vorgenommen wird. Windscheid[2]) verwendet schon den Ausdruck „Bestätigung" für die Fälle der Ratihabition, die von dem Autor des Geschäfts selbst ausgeht. Er trennt sie schließlich vollkommen von der Ratihabitionslehre.[3]) Danach traf Seuffert seine Einteilung der ganzen Ratihabitionslehre in getrennte Klassen, indem er Sintenis' Gliederung zu drei Gruppen zusammenfaßte und Windscheids „Bestätigung" beibehielt. Wir haben hier zum ersten Mal eine klare sachliche und terminologische Trennung der einzelnen Arten, sodaß die Bezeichnung Ratihabition überflüssig wird. Mit deutschen Ausdrücken nennt Seuffert[4])

1. die Fälle der Ratihabition einer Geschäftsführung „Genehmigung".

---

[1]) ebenso auch Wächter Bd. 1 § 84 S. 428.
[2]) Windscheid-Kipp Bd. 1 § 83 Anm. 8.
[3]) Windscheid in Kr. V. J. Bd. VI S. 414.
[4]) Seuffert S. 6 f.

2. die Fälle der Ratihabition einer von einem Anderen vorgenommenen Handlung, welche fremder Genehmigung bedarf, „nachfolgende Einwilligung".

3. die Fälle der Ratihabition eines eigenen Geschäfts „Bestätigung".

In der letzten Gruppe macht er wiederum einen Unterschied zwischen der Bestätigung nichtiger und der Bestätigung anfechtbarer und relativ nichtiger Geschäfte.[1]) Seufferts terminologische Unterscheidung ist in der gemeinrechtlichen Literatur nicht immer angenommen worden. Z. B. behält Dernburg[2]) auch für die Bestätigung noch den Ausdruck Genehmigung bei. Dagegen wurde die sachliche Gliederung wohl allgemein anerkannt.
Der Einfluß der Seuffertschen Lehre erstreckt sich sichtlich noch auf die Gestaltung des BGB. Vor dem röm. Recht hat unser bürgerliches Gesetzbuch den Vorzug, daß es wie Seuffert die in der Ratihabition enthaltenen Rechtsakte grundsätzlich verschieden behandelt und auch terminologisch auseinanderhält, sodaß man zweckmäßig den mehrdeutigen Ausdruck der Ratihabition ganz vermeidet.[3]) Nach den Beziehungen zwischen dem Geschäft und der Person des Ratihabierenden unterscheidet das Gesetz zwischen Genehmigung und Bestätigung. Doch fehlt es noch an einer bewußt strengen Durchführung dieses Gedankens. Es handelt sich nicht mehr um eine Genehmigung in dem sonst gebrauchten Sinne einer nachträglichen Zustimmung eines Dritten zu einem Rechtsgeschäft eines Andern (§§ 182, 184), wenn ein Minderjähriger, welcher einen Vertrag geschlossen hat, nach erreichter vollen Geschäftsfähigkeit selbst „genehmigen" kann. Da die Bestätigung allein vom Urheber des Geschäfts ausgeht, hätte es dem Sprachgebrauch des BGB entsprechend im § 108 Abs. II statt Genehmigung Bestätigung heißen müssen.[4]) In dem erwähnten Sinne spricht das BGB sowohl von der Bestätigung anfechtbarer als auch nichtiger Rechtsgeschäfte. Das Wesen der Bestätigung anfechtbarer Geschäfte bedarf keiner weiteren Erörterung, da schon festgestellt wurde, daß die anfechtbaren Geschäfte nicht in den Rahmen des hier zu Behandelnden gehören. Nur für die wörtliche Bedeutung der Bestätigung können sie zunächst nicht völlig außer Acht gelassen werden. Insoweit interessiert auch der § 1721 (§ 2043), welcher ebenfalls eine

---

[1]) Seuffert § 22 S. 120 ff. und § 23 S. 138 ff.
[2]) Dernburg, Pand. Bd. I § 122, ebenso Regelsberger Bd. I § 164.
[3]) Staudinger Bem. I. zu § 141.
[4]) vgl. Hölder Bem. I. zu § 141.

Bestätigung zum Inhalt hat. Die Bestätigung des zuständigen Gerichts, von welcher die Gültigkeit eines Vertrages auf Annahme an Kindesstatt abhängig gemacht ist, trägt nicht den Charakter einer Parteibestätigung; es handelt sich nur um eine amtliche Verpflichtung zu ihrer Vollziehung für den Fall, daß den gesetzlichen Erfordernissen genügt ist. Das Gesetz kennt nur eine Bestätigung fehlerhafter Geschäfte. Eine Bestätigung des Urhebers kann in ähnlicher Weise aber auch bei durchaus gültigen Geschäften vorkommen. Enneccerus[1]) nennt die Erklärung einer Partei, das gültige Geschäft in seinem Bestande anzuerkennen, im weiteren Sinne ebenfalls eine Bestätigung. Auf eine Schuld bezogen hat das Anerkenntnis nämlich bestätigungsähnlichen Charakter. Vertragsmäßig kann es Beweiszwecken dienen oder auch schuldbegründend wirken. Im ersten Fall ist es eine bloße Bekräftigung, prozeßrechtlich von Bedeutung, im anderen entsteht eine selbständige, von dem Bestehen der anerkannten Schuld unabhängige Verpflichtung. Beide haben deshalb mit der dem Gesetz eigenen Bestätigung, welche der Aufrechterhaltung eines sonst evt. wirkungslosen Geschäfts dient,[2]) nichts gemein. Zweckmäßig wird deshalb der Ausdruck Bestätigung in den Fällen des Anerkenntnisses ganz vermieden. Auch die Novation, deren Zweck in der Aufrechterhaltung eines gültigen — nicht in der Aufrechterhaltung eines fehlerhaften — Geschäftes in anderer Form liegt, ist etwas von der Bestätigung Verschiedenes. Dem handelsrechtlichen Gebiete gehört das sog. Bestätigungsschreiben an. Es ist besonders im Handelsverkehr üblich und enthält als schriftliche Zusammenfassung der telephonischen oder telegraphischen Vertragsvereinbarungen eine Bekräftigung des bereits gültig geschlossenen Vertrages

Die unmittelbare geschichtliche Wurzel der Bestätigung des § 141 liegt im gemeinen Recht. Hier wie im BGB muß der Bestätigung notwendig ein anderer Sinn beigemessen werden als ihr im gewöhnlichen Sprachgebrauch zukommt,[3]) denn ein nichtiges Geschäft, das in Ansehung der gewollten Rechtswirkung als nicht vorhanden gilt, kann nicht Gegenstand einer gewöhnlichen Bestätigung sein. Im Hinblick auf die Rechtsfolgen einer im § 141 so bezeichneten Bestätigung bedeutet diese Bezeichnung

[1]) Enneccerus, Lehrbuch § 421 II
[2]) Seuffert S. 19.
[3]) Im richtigen Sinne wird die Bestätigung z. B. in der Jägersprache gebraucht. Der Jäger sagt von seinem Jagdhund, welcher an bestimmtem Ort vermutetes Wild aufspüren soll, daß er das vermutete Wild als tatsächlich vorhanden „bestätige“.

eine sprachliche Inkorrektheit. Etwas Nichtiges bestätigen ist unmöglich. Der Paragraph spricht auch nur von bestätigen, um im Nachsatz selbst auszudrücken, daß die Bestätigung in Anwendung auf nichtige Geschäfte in Wahrheit keine solche sein kann, denn sie ist als erneute Vornahme zu beurteilen. Schon in den Vorarbeiten zum BGB wird der Gedanke, daß es eine eigentliche Bestätigung, auf nichtige Geschäfte bezogen, nicht geben könne, dadurch zum Ausdruck gebracht, daß die zweite Kommission den § 109 (Entw. I), welcher bestimmen sollte, daß ein nichtiges Rechtsgeschäft durch späteren Wegfall der Nichtigkeitsgründe nicht gültig werde, als selbstverständlich strich. Deutlicher noch erhellen die Motive[1]) den Gedanken: „Wird ein nichtiges Rechtsgeschäft von seinem Urheber nachträglich bestätigt, so ist das durch eine solche Redeweise gesetzte Ziel ein unerreichbares. Die mangelnde gesetzliche Anerkennung kann nicht durch einen Parteiwillensakt ersetzt werden". Ebenso wird in der juristischen Literatur auf die nicht folgerichtige Ausdrucksweise der Bestätigung nichtiger Rechtsgeschäfte hingewiesen[2]. Eine Bestätigung in dem Sinne, wie sie jetzt vom Gesetz gebraucht wird, war dem Recht anfangs nicht bekannt. Es gab nur das Bestätigungsrecht als Korrelat vom Vorschlagsrecht, welches überall da wirksam wurde, wo zur Fassung eines Beschlusses, insbesondere aber zur Wahl einer Person die Mitwirkung von verschiedenen Faktoren erforderlich war.[3]) Im richtigen Sinne des Wortes spricht man noch im öffentlichen Recht von einer Bestätigung, wenn kommunale Verwaltungsbeamte gewählt worden sind, und die Wahl nun von einer staatlichen Behörde „bestätigt" wird. Außerdem gibt es im Strafrecht und vielfach bei richterlichen Behörden ein Bestätigungsrecht. Wenn aber unsere Bestätigung weder dem bisherigen juristischen noch dem gewöhnlichen Sprachgebrauch entspricht, so muß man Hölder[4]) beipflichten, daß die Wortfassung ein entschiedener Rückschritt bedeutet. Denn das erstrebenswerte Ideal eines Gesetzes liegt immer in einer allgemein verständlichen Ausdrucksweise. Man hat indessen versucht, diese Bestätigung im Gesetz zu verteidigen. Rutenbeck[5]) glaubt, daß man um deswillen von

---

[1]) Mot. I S. 217.

[2]) so schon Seuffert selbst S. 117, 120 ff; Windscheid-Kipp Bd. 1 § 83 S. 440; Dernburg, Pand. § 122 Anm. 5.; Staudinger Bem. 2 zu § 141; Soergel Bem. 1 zu § 141

[3]) Meyers Lexikon 4te Aufl. Bd. II S. 819.

[4]) Hölder Bem. 1 zu § 141.

[5]) Rutenbeck S. 36.

einer Bestätigung sprechen könne, weil der Parteiwille schon einmal, wenn auch ungültig, erklärt war. Es werde also der ungültig erklärte Wille durch ein zweites gültiges Geschäft bestät gt. Der Erfolgswille ist zwar auch bei einem nichtigen Geschäft vorhanden, und die Bestätigung darauf mittels Neuvornahme des Geschäfts denkbar, aber der Widerspruch im Gesetz wird damit nicht gelöst, weil sich die Bestätigung nach dem Wortlaut des Gesetzes nicht nur auf den Willen, sondern auf den Gesamttatbestand des Geschäftes erstreckt. — Leonhard[1]) macht einen Unterschied zwischen dem Erklärungsakt und dem Geschäftsinhalt, welch letzterer im Gegensatz zum ersteren nach seiner Ansicht der Nichtigkeit nicht teilhaftig wird, sondern durch seine Aufnahme in das neue Geschäft zur Geltung komme und bestätigt, d. h. der Kraftlosigkeit entkleidet werde. Diese Auffassung ist insofern ein Fehlschluß als Leonhard von der irrigen Voraussetzung ausgeht, daß eine Trennung zwischen dem Erklärungsakt und dem Geschäftsinhalt möglich sei. Indessen ist dieser ohne jenen nicht denkbar, und beide können auch nur zusammen wiederholt werden, entweder ausdrücklich oder durch Hinweis auf das frühere Geschäft Der Hinweis erstreckt sich also immer auf das ganze Geschäft mit notwendigem Einschluß des Erklärungsakts.[2]) Ausgehend von dem Gedanken, daß Bestätigung in einem bestimmten juristischen Sinn verstanden werden könnte, hält Böhm[3]) an der Bezeichnung Bestätigung fest. Er will die Bedenken nur gegen die allgemeine Fassung des § 141 eingesetzt wissen und glaubt eine einwandfreie Formulierung folgendermaßen gefunden zu haben: „Soll ein nichtiges Rechtsgeschäft von demjenigen, welcher es vorgenommen hat, bestätigt werden, dann ist es von ihm neu vorzunehmen“. Diese vorgeschlagene Fassung enthält genau wie § 141 selbst die betonte sprachliche Ungenauigkeit, beseitigt also einmal diesen Mangel nicht und hat dann obendrein den Nachteil, daß eine Bestätigung nur dann noch in Frage käme, wenn eine völlige Neuvornahme vorliegt, während für die Bestätigung des § 141 gilt, daß sie als erneute Vornahme beurteilt werden kann. Zudem wären wegen der Bestätigung anfechtbarer Geschäfte immer noch zwei Begriffe der Bestätigung zu beachten. Gegenüber dem Bestehenden könnte Böhms Fassung also nur ein Rückschritt bedeuten Der Wert der wissenschaftlichen Angriffe gegen den Wortlaut des Gesetzes liegt eben darin, die Mängel

---

[1]) Leonhard, Allgem. Teil § 108 II.
[2]) vgl. Marks S. 130.
[3]) Böhm S. 22.

aufzudecken und ihre zukünftige Beseitigung vorzubereiten. Die Mängel des § 141 liegen aber darin, daß die „Bestätigung“ gegenüber anderen Vorschriften in anderem Sinne und sprachwidrig gebraucht wird. Daher müssen alle Versuche scheitern, einen allgemein umfassenden Bestätigungsbegriff zu schaffen. Man ist vielmehr darauf beschränkt, den besonderen Sinn der Bestätigung nach den verschiedenen Vorschriften des Gesetzes einzeln zu ermitteln. Uebrigens werden die Mängel des Wortlauts des § 141 in der praktischen Rechtsanwendung kaum hervortreten. Doch ist es aus schon erwähnten Gründen wünschenswert, im Gesetz den Ausdruck Bestätigung nichtiger Rechtsgeschäfte zu vermeiden. Ein großer Vorzug eines Gesetzes liegt nämlich immer darin, daß es eine seiner Zeit und seinem Geltungsbereich verständliche Sprache führt. Ein nur seinem Stande begreifliches „Juristenrecht“ mit eigener Rechtssprache, — welche sich allerdings auch im Einzelnen nie ganz vermeiden läßt, bleibt fremd und vermag sich kein Zutrauen zu erwerben, wie das Beispiel vergangener Zeit zeigt, wo nur eingeweihte Juristen ein stark mit röm. Recht durchsetztes volksfremdes Recht handhabten. Deshalb sollte auch der Gesetzgeber, soweit immer möglich und zweckmäßig, sprachfremde Rechtsbegriffe vermeiden und das Gesetz nach Inhalt und Worten möglichst volkstümlich abfassen.

Die Voraussetzungen der Bestätigung.

§ 141 des bürgerlichen Gesetzbuches bestimmt: Wird ein nichtiges Rechtsgeschäft von demjenigen, welcher es vorgenommen hat, bestätigt, so ist die Bestätigung als erneute Vornahme zu beurteilen. Aus dieser Fassung ergeben sich manche bedeutsamen Folgen, die im Weiteren zu erwähnen und zu erörtern sind. — Als Neuvornahme ist die Bestätigung zu beurteilen, d. h. sie muß der erneuten Vornahme eines Geschäfts im ganzen entsprechen. Deshalb stellt die Bestätigung sich selbst wieder als Rechtsgeschäft dar, und die allgemeinen Vorschriften, welche für die gültige Vornahme eines Rechtsgeschäftes Anwendung finden, gelten auch für die Bestätigung. Danach steht die Fähigkeit zu bestätigen mit dem Maß der Geschäftsfähigkeit im engsten Zusammenhang. — Uneingeschränkte Bestätigungsfähigkeit besitzen die voll geschäftsfähigen Personen, welche entweder mit dem 21. Lebensjahr die Volljährigkeit erreicht haben (§ 2), oder bei mindestens 18 Jahren für volljährig erklärt sind (§ 3). Die beschränkte Bestätigungsfähigkeit entspricht der beschränkten

Geschäftsfähigkeit der §§ 106, 114 nach Maßgabe der §§ 107 ff. Bestätigt also z. B. ein beschränkt Geschäftsfähiger ein von ihm vorgenommenes Geschäft, so ist die Bestätigung — falls die sonstigen Erfordernisse erfüllt sind, — „in der Schwebe".[1] Sie erlangt erst volle Wirksamkeit, wenn der gesetzliche Vertreter sie genehmigt. Fraglich erscheint dagegen, ob die Bestätigung auch dann besonderer Zustimmung des gesetzlichen Vertreters bedarf, wenn zum nichtigen Geschäft die Zustimmung schon gegeben war. Die Zustimmung ist selbständig und teilt daher nicht ohne Weiteres die Nichtigkeit des Geschäfts. Sie könnte also fortwirken und auch der Bestätigung noch volle Wirksamkeit verleihen. Richtig dürfte sein, auch in diesem Falle erneute Zustimmung zu fordern, weil die Bestätigung als erneute Vornahme zu beurteilen ist und sich inhaltlich nur in seltenen Fällen mit dem nichtigen Geschäft vollständig decken wird. — In gewissen Fällen ist auch bei den sonst beschränkt Geschäftsfähigen, die sonst nach §§ 107, 108 erforderliche Genehmigung für die Wirksamkeit der Bestätigung entbehrlich, insoweit sie lediglich einen rechtlichen Vorteil erlangen (§ 107), oder auch, wenn der Tatbestand der §§ 110, 112 oder 113 vorliegt. Eine besondere von den allgemeinen Regeln abweichende Ausnahme der Wirksamkeit der Bestätigung eines Minderjährigen ist parallel der Bestimmung des § 2229 Abs. II anzuerkennen. Ein Minderjähriger — aus guten Gründen nicht auch solche Personen, die wegen Geistesschwäche, Verschwendung oder Trunksucht entmündigt sind, — welcher das 16. Lebensjahr vollendet hat, bedarf zur Errichtung seines Testamentes nicht der Zustimmung seines gesetzlichen Vertreters. Dementsprechend ist die Wirksamkeit einer Bestätigung einer nichtigen Testamentserrichtung von der Zustimmung des gesetzlichen Vertreters unabhängig. — Eine dritte Gruppe bilden diejenigen Personen, denen die Geschäftsfähigkeit überhaupt mangelt. Sie sind bestätigungsunfähig. Hierher gehören die Benannten der §§ 104 Ziffer 1—3[2]) und 105 Abs. II. — Im konkreten Fall ist der Kreis der bestätigungsberechtigten Personen nur sehr beschränkt. Aus dem Wortlaut des § 141, daß ein nichtiges Geschäft von demjenigen,

---

[1]) Enneccerus, Lehrbuch § 143 II 2.

[2]) Wolte man der Auffassung Danz' (in Jur. W. 1913 S. 1016) folgen, so wäre auch eine Bestätigung Geisteskranker innerhalb bestimmter Grenzen wirksam. Danz hält nämlich nur solche Geschäfte eines Geisteskranken für nichtig, die der Kranke für den Fall seiner Gesundheit nicht vorgenommen haben würde. (Aehnlich wie Danz auch Reichel, Prag. Jur. Zeitschr. 23 S. 38, der Nichtigkeit nur dann annimmt, wenn zwischen Geisteskrankheit und Geschäftsabschluß Motivationszusammenhang besteht). Zweifellos lieg

welcher es vorgenommen hat, bestätigt werden kann, folgt, daß der Bestätigende und der Urheber des nichtigen Geschäfts ein und dieselbe Person sein müssen. Bestätigen kann nur, wer das nichtige Geschäft selbst vorgenommen hatte. Sind Urheber eines nichtigen Geschäfts Mehrere, so kann die Bestätigung auch nur von diesen Mehreren ausgehen. Und soweit es sich nicht nur um einseitige Rechtsgeschäfte, sondern um Verträge handelt, muß die Bestätigung dem Wesen des Vertrages entsprechen. Ein gültiger Vertrag entsteht nur, wenn Einigung erzielt ist, d. h wenn die Willenserklärungen der Parteien sich inhaltlich decken. Infolgedessen ist auch die Bestätigung eines nichtigen Vertrages nur in der Weise denkbar, daß wie beim Vertragsschluß auf ein Bestätigungsangebot die Bestätigungsannahme erfolgt.[1]) Doch ist die Bestimmung des § 141 ihrem gestrengen Wortlaut getreu nicht etwa dahin auszulegen, daß die Bestätigung ausschließlich von dem Berechtigten in Person vorzunehmen sei. So wie es eine Vertretung bei der Vornahme von Rechtsgeschäften gibt (§§ 164 ff), so muß auch die Bestätigung durch einen Vertreter erfolgen können. Der Sinn des § 141 wird dadurch nicht verändert, denn der eigentlich Bestätigende bleibt immer der Geschäftsherr. Insoweit wird auch die Wirksamkeit der Bestätigung gemäß § 165 nicht dadurch beeinträchtigt, daß der Vertreter in der Geschäftsfähigkeit beschränkt ist. Allerdings wird der Vertreter bei der Bestätigungsvornahme immer als solcher erkennbar sein. Das ist eine klare Folge der Beziehungen der Bestätigung zum nichtigen Geschäft. Obwohl die Bestätigung als Neuvornahme behandelt wird, ist diese Neuvornahme, die als solche eine selbständige Begründung eines Rechtsgeschäfts darstellt, von der erstmaligen Vornahme verschieden. Wir können immer nur dann von einer Bestätigung sprechen, wenn ein gewisser Grad von Identität zum nichtigen Geschäft vorhanden ist.[2]) Daran ist aber regelmäßig auch die Vertretung im Bestätigungsfalle erkennbar und deshalb kann § 164 Abs. II hier niemals praktische Bedeutung haben, wie es sonst bei der Vertretung nicht selten vorkommt. In ganz entsprechender Weise kann die Bestätigung Inhalt eines Auftrages (§§ 662 ff) oder einer Geschäftsführung ohne Auftrag sein (§§ 677 ff). — Zu

---

dieser Auffassung ein richtiger Gedanke zugrunde. Sie entspricht aber nicht dem Wortlaut des Gesetzes und müßte in ihrer praktischen Anwendung großen Schwierigkeiten begegnen.

[1]) vgl. Staudinger Bem. 7 zu § 141; RGE. Bd. 74 S. 3; Warn Rspr. 1913 No. 43; 1908 No. 121.

[2]) Böhm S. 23.

einem abweichenden Ergebnis hinsichtlich der Bestätigungsberechtigung, welche nach § 141 nur dem Geschäftsherrn oder seinem Vertreter zusteht, muß man mit verschiedenen, über die rechtliche Stellung des Konkursverwalters bestehenden Theorien im Konkursrecht kommen. Hat z. B. ein Gemeinschuldner vor dem Konkursfall ein nichtiges Geschäft vorgenommen, so wird nach Eröffnung des K.-Verfahrens der K.-Verwalter zweifellos das Recht haben, das nichtige Geschäft zu bestätigen, obwohl der K.-Verwalter meist nicht als Vertreter des Gemeinschuldners angesehen wird, und das Geschäft grundsätzlich nur von dem Geschäftsherrn bestätigt werden kann. Allein die Theorie, welche den K.-Verwalter als Vertreter des Gemeinschuldners betrachtet, wäre auch praktisch folgerichtig durchführbar. Mit den übrigen Theorien ist streng genommen eine Bestätigung des K.-Verwalters unvereinbar; das gilt insbesondere bei der in unserer Gerichtspraxis herrschenden Amtstheorie. Erkennt man aber den richtigen Sinn des § 141 und die Rechtsbefugnisse des K.-Verwalters, dann muß es immer unbedenklich erscheinen, auch dem K.-Verwalter das Bestätigungsrecht einzuräumen. Daran vermögen auch die Theorien, welche praktisch angewandt ausnahmslos irgendwie an logischer Inkonsequenz leiden, nichts zu ändern. Es würde nur eine ungerechtfertigte Schmälerung subjektiver Rechte bedeuten, wenn man der logisch richtigen Durchführung zuliebe dem Geltungsbereich eines Gesetzes Gewalt antun wollte.

Eine Reihe von wesentlichen Abweichungen von den aufgestellten Grundsätzen unserer Bestätigung weist das BGB bei der Bestätigung einer nichtigen Ehe im Eherecht auf. Es erscheint deshalb zweckmäßig, anschließend eine kurze zusammenfassende Betrachtung hierüber unter besonderer Berücksichtigung der Abweichungen anzustellen, wie auch die andersgeartete rechtsgeschäftliche Natur der Ehe eine besondere Normierung der Bestätigung der Ehe im Gesetz notwendig machte. — Während die Bestätigung eines nichtigen Geschäfts ganz allgemein grundsätzlich der Zustimmung des gesetzlichen Vertreters bedarf, wenn ein beschränkt Geschäftsfähiger wirksam bestätigen will, ist der beschränkt geschäftsfähige Ehegatte für die Ehe voll bestätigungsfähig. Nach § 1325 Abs. I ist eine bei Geschäftsunfähigkeit, Bewußtlosigkeit oder vorübergehender Geistesstörung eines Ehegatten geschlossene Ehe nichtig. Sie wird aber gemäß § 1325 Abs. II von Anfang an gültig, wenn der betreffende Ehegatte, in dessen Person der Nichtigkeitsgrund vorlag, sie nach dem Wegfall des Rechtshindernisses bestätigt, bevor sie für nichtig er-

klärt oder aufgelöst wird. § 1337 Abs. III in Verbindung mit § 1336 Abs. I Satz 2 bestimmt ausdrücklich, daß der geschäftsbeschränkte, bestätigungsberechtigte Ehegatte der Zustimmung seines gesetzlichen Vertreters nicht bedarf. Ein beschränkt geschäftsfähiger Ehegatte kann also seine nichtige Ehe wirksam bestätigen. Doch ist auch hier der Schutzzweck der Geschäftsbeschränkung nicht außer Acht geblieben, denn der bestätigende Teil kann die durch seine Bestätigung gültig gewordene Ehe wieder anfechten, wenn die Eheschließung oder die Bestätigung ohne Einwilligung seines gesetzlichen Vertreters erfolgt ist (§ 1331). — Die Bestätigung einer Ehe als ein gegenseitiges Rechtsgeschäft ist anders gestaltet wie die sonstige Bestätigung eines nichtigen Vertrages. Wir haben oben erwähnt, daß zur Bestätigung eines Vertrages beide Parteien mitwirken müssen. Ist dagegen eine Ehe wegen Geschäftsunfähigkeit, Bewußtlosigkeit oder vorübergehender Geistesstörung eines Ehegatten nichtig, so kann die Bestätigung von demjenigen, in dessen Person der Nichtigkeitsgrund vorlag, bestätigt werden und zwar ohne Rücksicht auf den Willen, ja gegen den Willen des andern Ehegatten. Eine für die Bestätigung eines Vertrages erforderliche Bestätigungsannahme ist hier weder notwendig noch überhaupt von Bedeutung. Schließlich ist im Gegensatz zur Bestätigung anderer Geschäfte die Bestätigung einer nichtigen Ehe höchst persönlicher Natur. Ebenso wie die Erklärung, die Ehe eingehen zu wollen, nur persönlich vor dem Standesbeamten erklärt werden kann, kann auch die nichtige Ehe nur in Person bestätigt werden, sodaß eine Vertretung vollständig ausgeschlossen ist (§§ 1337 Abs. III in Verbindung mit § 1336 Abs. I Satz 1).

Die allgemeinen gesetzlichen Voraussetzungen für die Bestätigungsfähigkeit einer Person sind im wesentlichen im Gesetz leicht aufzufinden. Dagegen ist es eine im bürgerlichen Gesetzbuch nicht entschiedene Frage, ob der Bestätigende zur Wirksamkeit seiner Bestätigung sich der Nichtigkeit des von ihm bestätigten Geschäfts bewußt sein muß. Nach eingehender Untersuchung kommt Hölder[1]) zu dem Ergebnis, daß die Bestätigung eines nichtigen Geschäfts die Kenntnis der Nichtigkeit zur notwendigen Voraussetzung haben müsse. Ihm folgt die wohl als herrschend zu bezeichnende Meinung.[2]) In Gegensatz dazu stellt sich

---

[1]) Hölder Bem. 2 zu § 141

[2]) vgl. von Tuhr Bd. II S. 293 und Anm. 86; Meisner Bem. 1 zu § 141; Eck Vorträge S. 125; Wurmstich S. 19 f; RGRK. Bem. 2 zu § 141; Warneyer Komm. Bem. II zu § 141; RGE Bd. 68 S. 398; 69 S. 412; Bd. 93 S. 228; Bd. 104 S. 54; OLG. Bd. 6 S. 34; Bd.

Staudinger.[1]) Einen vermittelnden Standpunkt nimmt Müller-Meikel ein.[2]) Er sagt, daß die Bestätigung dann Geltung haben müsse, wenn aus den Umständen hervorgeht, daß die Bestätigung auch bei Kenntnis der Nichtigkeit vorgenommen sein würde. Planck[3]) verlangt für die Wirksamkeit der Bestätigung mindestens Kenntnis der Möglichkeit, daß das zu bestätigende Geschäft nichtig sein könne. Einen ähnlichen Standpunkt nimmt Oertmann[4]) ein, wenn er es für genügend hält, daß die „Parteien sich die Nichtigkeit als eine bloß möglicherweise vorhandene vorgestellt haben" und sie nun „in omnem eventum" beseitigen wollen. Etwa dasselbe liegt in der Ansicht, welche zwar keine ausgesprochene Kenntnis, wohl aber Zweifel an der Gültigkeit des Geschäfts fordert, da man sonst den Willen zur Bestätigung nicht annehmen könne[5]) Aus dem Angeführten sind im wesentlichen zwei gegensätzliche Meinungsrichtungen zu unterscheiden. Deren eine verlangt Kenntnis oder bekannte Möglichkeit der Nichtigkeit, der zweiten genügt dagegen, daß die Bestätigung nur den sonstigen Erfordernissen gerecht wird. Daneben ist eine dritte Ansicht (Müller-Meikel) zu beachten, welche vermittelnd wirkt zwischen diesen beiden Hauptrichtungen. Eine Stellungnahme in dieser Frage ist für uns notwendig, da einerseits damit eine Aufklärung über die Rechtsnatur der Bestätigung verbunden ist, und andererseits davon die praktische Wertung, ob Bestätigung anzunehmen ist oder nicht, abhängt.

Im RGRK.[6]) wird die Auffassung vertreten, daß nach dem Sprachgebrauch des BGB dasjenige Rechtsgeschäft die Bestätigung bedeute, mittels dessen der Erklärende einem nichtigen Geschäft gemäß § 141 Rechtsgültigkeit verleihen wolle. Sie setze mithin Kenntnis der Nichtigkeit oder doch Möglichkeit der Kenntnis einer solchen voraus. Die Folgerung ist aber nur mit der Auffassung selbst begründet und diese entspricht nicht dem Gesetz. Nur eine gesetzliche Identifizierung der Bestätigung nichtiger Geschäfte mit der neuen Vornahme würde diese Folgerung vielleicht rechtfertigen.

---

19 S. 115; Jur. W. 1912 S. 681; 1913 S. 128; Recht 1913 S. 10; 1915 No. 1486; 1921 No. 1820; Warn. Rspr. 1913 No. 43; 1921; No. 60; L. Z. 1922 S. 158; 1924 S. 542; Seuff. Arch. Bd. 77 No. 57.

[1]) Staudinger Bem. 5 zu § 141; ebenso Marks S. 33 f; Engelbrecht S. 53; Böhm S. 35 ff.

[2]) Müller-Meikel S. 143.

[3]) Planck Bem. 1 zu § 141.

[4]) Oertmann Bem 3e zu § 141,

[5]) so Rutenbeck S. 66; Seuff. Arch. Bd. 79 No. 102; RGE in Recht 1925 No. 902.

[6]) RGRK. Bem. 1 zu § 141.

Gegen die vertretene Auffassung bemerkt Böhm[1]) mit Recht, daß die Bestätigung des § 141 die Neuvornahme nicht richtig kennzeichne. Zweifellos kann eine Bestätigung erfolgt sein, ohne daß diese ihrem Inhalte nach der Neuvornahme immer ganz entsprechen müßte. Sinngemäß besagt § 141 nur, daß die Bestätigung die Nichtigkeit eines Geschäfts nur dann zu beseitigen im Stande ist, wenn sie sich als erneute Vornahme beurteilen läßt. Bestätigung ist also nicht immer gleich Neuvornahme. Infolgedessen kann die Bestätigung nach dem Gesetz die Kenntnis von der Nichtigkeit aus sich selbst heraus nicht zur Voraussetzung haben. — Eine scheinbar stichhaltige Begründung für das Erfordernis der Kenntnis der Nichtigkeit hat das Stuttgarter Oberlandesgericht[2]) gegeben Es geht davon aus, daß der Erklärende eine wirksame Bestätigung „nur im Bewußtsein rechtlicher Nichtverpflichtung" abgeben könne. Er soll die Absicht haben müssen, durch die Bestätigung auf die Einrede, welche sich aus der Kenntnis vom Mangel des Geschäfts ergäbe, zu verzichten. Diese Absicht des Bestätigenden und den Willen sich zu verpflichten, setze § 141 voraus. Ein solcher Verpflichtungswille fehle aber dem Bestätigenden, wenn er sich schon durch das für gültig gehaltene Geschäft verpflichtet glaubt. Danach könnte in der Tat eine Bestätigung nur wirksam sein, wenn der Bestätigende die Nichtigkeit des von ihm bestätigten Geschäfts kennt. Der Satz, daß § 141 den Verpflichtungswillen voraussetze, ist unanfechtbar, da auch im Uebrigen grundsätzlich zur gültigen Vornahme eines Geschäfts nach dem BGB der Wille des Urhebers dahinterstehen muß. Das gilt ganz allgemein für alle Geschäfte, also auch für die Bestätigung. Müssen wir die Voraussetzung, daß die Bestätigung grundsätzlich den Verpflichtungswillen erfordere, anerkennen, so halten wir nicht für richtig, daß ein solcher dem Bestätigenden immer fehle, wenn er sich schon durch das für gültig gehaltene Geschäft gebunden glaubt. Es unterliegt keinem Zweifel, daß die Möglichkeit besteht, neben einer auf Grund eines gültigen Geschäfts bereits bestehenden Verpflichtung noch eine zweite durch ein anderes gültiges Geschäft zu schuffen. Etwas Aehnliches gibt es schon bei der Hingabe eines durch Hypothek zu sichernden Darlehns. Der Verpflichtungswille kann also bezüglich desselben Gegenstandes sehr wohl mehrfach vorhanden sein und gebunden werden.

---

[1]) Böhm S. 38.

[2]) OLG Bd. 6 S. 34 f, ebenso RGE Bd. 64 S. 146 ff; Bd. 68 S. 398 ff; Recht 1913 No. 1850; L. Z. 1913 S. 154 f.

Der Unterschied zwischen den hier gedachten Fällen und der Bestätigung liegt nur in der Verschiedenheit der Rechtsgründe der Verpflichtung. Indessen geht aber klar daraus hervor, daß der schon gebundene Verpflichtungswille noch vorhanden sein und abermals gebunden werden kann. Das muß auch für die Bestätigung eines für gültig gehaltenen, in Wahrheit aber nichtigen Geschäfts gelten. Es kommt eben nur darauf an, ob die Verpflichtung noch gewollt ist. Das dem unseren widersprechende Ergebnis aber, dessen Folge ist, daß man Kenntnis der Nichtigkeit verlangt, entspricht nicht gesundem Rechtsempfinden. Es ist auch kein Grund einzusehen, weshalb die Rechtsordnung auf einem so starren Grundsatz beharren sollte. Wenn wir demnach zu dem Ergebnis gelangen wollen, daß die Kenntnis der Nichtigkeit für die Wirksamkeit einer von dem Berechtigten ausgehenden Bestätigung keine gesetzliche Voraussetzung ist, so begegnen wir damit der Auffassung Staudingers,[1]) welcher unter Voranstellung seiner Ansicht im Uebrigen folgendermaßen zu begründen versucht: „Ist er (der Bestätigende) darüber in Unkenntnis, hält er also das Geschäft für bereits rechtswirksam, oder ist er im Zweifel über seine Wirksamkeit, so kann seine Meinung bei der Bestätigung nur die sein, aus irgendwelchen Gründen (z B. um Dritte darauf aufmerksam zu machen) eine Wiederholung des Geschäfts vorzunehmen, oder durch erneute Vornahme die Rechtswirksamkeit außer Zweifel zu stellen. Da aber tatsächlich Nichtigkeit vorliegt, muß dieser neuerliche Willensakt rechtlich notwendig als nunmehrige Begründung des Geschäfts aufgefaßt werden. Die übrigen Vertreter der gleichen Auffassung lehnen sich in ihrer Begründung im Wesentlichen an Staudinger an[2]). Böhm[3]) bringt an Hand eines Beispieles den Nachweis, daß man einen doppelten Verpflichtungswillen haben und sich doppelt verflichten könne, dergestalt, daß die eine Verpflichtung von dem Bestehen der anderen unabhängig ist. Daraus zieht er den Schluß, daß bei jeder Bestätigung, gleichgültig, ob Kenntnis der Nichtigkeit vorliegt oder nicht, ebenfalls der Verpflichtungswille immer vorhanden sei. Die Tendenz des angeführten Beispiels kann aber nicht in gleichem Maße auch für die Bestätigung gelten, da diese keine Doppelverpflichtung ist, noch auch nach der Meinung des Bestätigenden immer eine solche sein soll. Denn der § 141 spricht von der Bestätigung „nichtiger“ Geschäfte, nach dem Gesetz handelt es

[1]) Staudinger Bem. 5 zu § 141.
[2]) vgl. Bökm S. 39 ff; Marks S. 33 f; Engelbrecht S. 53.
[3]) Böhm S. 40.

sich also keineswegs um eine Doppelverpflichtung. Nach der Absicht der Parteien ist aber ein erneuter Verpflichtungswille nur dann anzunehmen und auch wirklich vorhanden, wenn der Bestätigende im Zeitpunkt der Bestätigung die Wirksamkeit des Geschäfts noch will. Dagegen fehlt der Verpflichtungswille regelmäßig dann, wenn der Bestätigende die Verpflichtung, welche nach seiner Meinung noch besteht, da er das Geschäft ja noch für gültig hält, als lästig empfindet, also nicht mehr wünscht. Man könnte dagegen einwenden, warum er denn überhaupt bestätigt. Das Motiv der Bestätigung ist aber nicht bloß immer das Bestreben, eine Verpflichtung damit anzuerkennen oder aufrecht zu erhalten. Es kann auch ganz anderer Art sein, z. B. um dem Ergklärungsgegner, der sich etwa der Vertragsvereinbarungen nicht mehr genau erinnert, gefällig zu sein. Äußerlich mag eine solche Bestätigung die Wiederholung eines Vertrages bedeuten. Sie kann aber nicht als Neuvornahme beurteilt werden, wenn beide Parteien den Vertrag für gültig hielten, eine Partei aber den Abschluß des für gültig gehaltenen Vertrages bereut, weil es sich dann nur um eine Bestätigung im gewöhnlichen Sinne handelt. Es ist daher irrig, wenn Staudinger und seine Anhänger dem Bestätigenden für jede Bestätigungserklärung die Meinung unterschieben, mit der Bestätigung aus irgendwelchen Gründen eine Wiederholung des Geschäfts vorzunehmen. Und es würde in der Tat, wie Hölder[1]) bemerkt, nichts anderes bedeuten, als daß man dem Willen des Handelnden Gewalt antut in allen den Fällen, wo er bei Kenntnis der Nichtigkeit die Bestätigung nicht vorgenommen haben würde. Auch wenn der Urheber die Wirkungen des für gültig gehaltenen Geschäfts nachher nicht mehr will, kann er dennoch aus irgendwelchen Gründen eine gewöhnliche Bestätigung vornehmen, an die er mit Staudinger, wenn die äußeren Voraussetzungen nur erfüllt sind, nunmehr endgültig gebunden wäre. Folgerichtig hält nämlich auch Staudinger angesichts des § 119 in allen Fällen eine Anfechtung für ausgeschlossen, da wegen des mit der Erklärung dann übereinstimmenden Willens niemals ein Irrtum in der Erklärung sondern nur im Motiv, der unbeachtlich ist, vorliegen würde. — Auch die von Böhm[2]) ins Feld geführte Entscheidung des Reichsgerichts,[3]) wonach ein in der Abgabe der Auflassungserklärung an und für sich zum Ausdruck gelangender Erfüllungswille als Ausdruck eines Bestätigungswillens

[1]) Hölder Bem. 2. zu § 141.
[2]) Böhm S. 41 f.
[3]) RGE in Jur. W. 1925 S. 2230 f.

bewertet werden kann, spricht weder ganz im Sinne Staudingers noch gegen uns. Denn es heißt, daß man nur dann richtig auf den Bestätigungswillen schließen könne, wenn der Erfüllungswille ungeachtet der Nichtigkeit vorhanden ist. Daneben ist aber die Möglichkeit offen gelassen, eine Bestätigung dann nicht anzunehmen, wenn die Erfüllungshandlung ausschließlich deshalb erfolgte, weil der Erfüllende sich immer noch durch das für gültig gehaltene Geschäft dazu für verpflichtet hielt. Doch deutet der Inhalt der angeführten Entscheidung scheinbar darauf hin, daß es gegebenenfalls auf den Willen des Bestätigenden abgestellt wird, ob eine Bestätigung vorliegt. Es macht nämlich einen Unterschied, ob man erfüllt, bloß weil man zu müssen glaubt, oder ob man erfüllt, weil man mit der gültig geglaubten Verpflichtung einverstanden ist. Dieselbe Auffassung tritt u. E. in einer anderen Entscheidung des Reichsgerichts zutage,[1]) wenn es daselbst „genügt, daß nunmehr Willensübereinstimmung herbeigeführt war, ohne daß die Kontrahenten sich bewußt zu sein brauchen, ob ihre Erklärungen rechtlich als Abschluß eines neuen Vertrages oder sonstwie aufzufassen waren". In gleichem Sinne äußert sich offenbar auch Manigk,[2]) welcher die Entscheidung in ihren Grundlagen für richtig hält und sagt, daß für die Bestätigung eines nichtigen Vertrages beide Parteien nicht notwendig die Nichtigkeit kennen müßten, gewollte Ausführung des Vertrages genüge, und zur Vertragsbestätigung sei nicht erforderlich, daß die Parteien derselben die Nichtigkeit zugrunde legen. Es müsse genügen, wenn die Parteien über die Ausführung des Vertrages einig seien, möge er nichtig sein oder nicht.

Einen eigenen Standpunkt, welcher unserer Auffassung teilweise begegnet, in seinen Grundlagen aber nicht berechtigt ist, nimmt Rosenthal[3]) ein. Rosenthal will ebenfalls Staudingers Auffassung in ihrer Allgemeinheit nicht gelten lassen, sondern in dieser Frage zwischen Geschäften, die einer bestimmten Form bedürfen und solchen, die formlos gültig sind, unterscheiden. Für die ersteren fordert er die Kenntnis des Bestätigenden von der Nichtigkeit deshalb nicht, weil auch die Bestätigung wiederum der Form bedarf, und der neuerliche Willensakt rechtlich als nunmehrige Begründung des Geschäfts aufzufassen sei. Für die Wirksamkeit der formlos möglichen Bestätigung hält er dagegen die Kenntnis der Nichtigkeit für notwendig, weil

[1]) RGE in Jur. W. 1924 S. 405.
[2]) Manigk zu der genannten Entscheidung ebenda.
[3]) Rosenthal S. 40 ff.

die formlose Bestätigung auch stillschweigend, durch konkludente Handlungen, erfolgen könne. In der Tat kann durch eine Erfüllungshandlung z. B. bestätigt werden.[1]) Die Erfüllungshandlung läßt auf einen Bestätigungswillen schließen, wenn die Erfüllung als Verpflichtung gewollt ist, zusammen mit den Wirkungen des Geschäfts, gleichviel ob das Geschäft nichtig ist oder nicht. Andernfalls liegt eine Bestätigung überhaupt nicht vor und der Erfüllungsgegenstand kann nach § 118 zurückgefordert werden. Formlose und formbedürftige Geschäfte sind also gleich zu behandeln, und den Unterschied, welchen Rosenthal sieht, gibt es nicht. Er geht eben von falschen Voraussetzungen aus und verkennt dabei das Wesen der Bestätigung. Im Uebrigen schließen wir uns der Kritik Böhms[2]) an, welcher treffend gegen Rosenthal ausführt: „Abgesehen davon, daß hier eine Verkennung der Fragestellung vorliegt, die dahin gehen mußte, ob in einer Erfüllung oder einem sonstigen Verhalten auch dann eine Bestätigung zu finden ist, wenn die Erfüllung oder das Verhalten auf Unkenntnis beruht, ist von Rosenthal die Natur der Bestätigung als eine Neuvornahme völlig außer Acht gelassen worden. Die Form, deren einzelne Rechtsgeschäfte bedürfen, bezieht sich doch nicht auf die Willensbildung, sondern auf die Erklärung des Willens . . .“. Für uns gilt es nach allem als erwiesen, daß § 141 für die Wirksamkeit einer Bestätigung nicht verlangt, daß der Urheber des nichtigen Geschäfts als bestätigende Person die Nichtigkeit kennen muß. Im Einklang mit den übrigen gesetzlichen Vorschriften ist u. E. auch hier nur erforderlich, daß der Wille zum Geschäft vorhanden ist, wenn die Bestätigung erfolgt.[3])

Im Uebrigen ist die Frage, wann eine Bestätigung im Sinne des § 141 gegeben ist, danach zu beantworten, ob die Bestätigung als Neuvornahme beurteilt werden kann, d. h. sie muß unter Beachtung aller ihrer Einzelheiten den Erfordernissen einer Neuvornahme entsprechen; sie ist dann also keine Bestätigung mehr im gewöhnlichen Sinn. Dennoch ist sie nicht mit der ursprünglichen Vornahme eines Geschäfts zu identifizieren, weil sonst überhaupt keine Unterscheidungsmerkmale vorhanden sein könnten. Das Wesen der Bestätigung liegt in den Beziehungen zum nichtigen Geschäft. Sie werden immer in einer Weise in

---

[1]) Staudinger Bem. 3 zu § 141; RGE Bd. 61 S. 264; OLG Bd. 24 S. 266; Bd. 13 S. 27; Jur. W. 1913 S. 128; Recht 1921 No. 1820; Seuff Bl 1908/419; Oertmann Bem. 1 2d zu § 141; Planck Bem. 1 zu § 141.
[2]) Böhm S. 38.
[3]) Uebereinstimmend im Ergebnis im wesentlichen mit Müller-Meikel a. a. O.

dem Bestätigungsgeschäft offenbar. Der Unterschied von einer völlig neuen Vornahme besteht darin, daß keine völlige Reproduktion des gesamten Geschäftsinhalts nötig ist, sondern eine Bezugnahme auf den alten genügt. Der Inhalt des nichtigen Geschäfts ist nicht nur Auslegungsmaterial sondern „als gleichwertiges Stück in den Bestätigungsakt eingesetzt zu denken" [1]) Nun trifft es aber oft zu, daß ein nichtiges Geschäft in allen seinen Einzelheiten wiederholt wird, insbesondere dann, wenn es sich um formbedürftige Geschäfte handelt. Ein solches Geschäft ähnelt äußerlich einem ursprünglichen und nach dem äußeren Ansehen ist nicht zu beurteilen, ob es eine Bestätigung oder reine Neuvornahme ist. In solchen Fällen hat es nur dann Sinn von einer Bestätigung eines nichtigen Geschäfts zu reden, wenn der Wille des Bestätigenden darauf gerichtet ist. Der Wille ist zu erforschen, nämlich dahin, ob eine sog. obligatorische Rückwirkung gewollt ist. Andernfalls finden die Bestätigungsregeln keine Anwendung.[2]) Die Beziehungen des neuen Geschäfts zum nichtigen können sowohl in dem äußeren Akt als auch in dem zu erforschenden Willen liegen, woran eine Bestätigung zu erkennen ist. Aus der Beurteilung als Neuvornahme ergeben sich für die Bestätigung eine Reihe von Folgerungen als ihre gesetzlichen Voraussetzungen Sie darf selbst nicht mit einem Nichtigkeitsgrund behaftet sein, weder mit einem neuen noch mit dem alten.[3]) Für den Nichtigkeitsgrund sind die zur Zeit der Bestätigung geltenden Gesetze maßgebend. So kann z. B. ein Kaufvertrag, der vor 1900 über ein Stockwerk eines Hauses abgeschlossen und aus irgendeinem Grunde nichtig war, nach dem 1. 1. 1900 nicht mehr wirksam bestätigt werden, da das seit der Zeit geltende BGB ein Stockwerkseigentum nicht mehr kennt,[4]) und die Leistung also unmöglich wäre (Art. 182 EGBGB, § 306). Wiederum kann eine Zinsvereinbarung, welche nach früherem Recht verboten und nichtig war, nach Erledigung des Zinsverbotes wirksam bestätigt werden.[5]) Im Uebrigen bleibt die Bestätigung zeitlich nicht beschränkt,[6]) und die Verjährungsvorschriften haben auf die Möglichkeit zu bestätigen keinen Einfluß. Nur wo der Vornahme eines Geschäftes kraft Gesetzes ein zeitliches Ziel gesetzt ist, muß dasselbe auch

---

[1]) Oertmann Bem. 1 2 zu § 141.
[2]) vgl. unten S. 47.
[3]) RGE Bd. 61 S. 76 ff.
[4]) Rehbein Bem. 1 6 zu §§ 139—144; Wurmstich S. 29.
[5]) Recht 1902 No. 2638; Jur. W. 1903 Beil. S. 42.
[6]) Oertmann Bem. 1 3a zu § 141.

für die Vornahme der Bestätigung gelten (§§ 503, 510 Abs. II, 1944 u. a.)

Entsprechend den für das alte Geschäft maßgebenden Nichtigkeitsgründen ist für das Bestätigungsgeschäft erforderlich, daß

1. der Mangel der Geschäftsunfähigkeit oder Bewußtlosigkeit eines Handelnden beseitigt,
2. der mangelnde Wille vorhanden,
3. der Geschäftsinhalt nicht mehr verboten, unsittlich oder sonst vom Gesetz gemißbilligt,
4. die Unmöglichkeit der Leistung behoben ist.

Da alle die Nichtigkeit eines Geschäfts bedingenden Gründe verschiedener Art sind, werden auch im Einzelnen die Beziehungen der Bestätigung zum nichtigen Geschäft verschieden sein. Theoretisch ist die Bestätigung eines jeden nichtigen Geschäfts möglich, praktisch muß sie sich dagegen oft als unmöglich erweisen, weil die Beseitigung des Nichtigkeitsgrundes nicht möglich ist, wenn überhaupt noch Beziehungen zum nichtigen Geschäft vorhanden bleiben sollen. Im Einzelnen kann danach der Geschäftsunfähige sein Geschäft nach erlangter vollen Geschäftsfähigkeit wirksam bestätigen, oder, wenn er beschränkt geschäftsfähig geworden ist, eine schwebend wirksame Bestätigung, deren volle Wirksamkeitvon der Genehmigung seines gesetzlichen Vertreters abhängt, abgeben. Ein wegen Verstoßes gegen ein gesetzliches Verbot nichtiges Geschäft kann auch durch Bestätigung nicht wirksam werden, solange das Verbotsgesetz besteht,[1]) es sei denn, daß bei der Bestätigung dem § 308 (§ 309) entsprochen wird. Daher kann auch eine Vereinbarung auf untertarifmäßige Gehaltszahlung, die als gegen die Tarif-V.-O. verstoßend nichtig ist, nicht dadurch wirksam bestätigt werden, daß bei jeder Fälligkeit auf das Mehrgehalt verzichtet wird.[2]) Wenn im Konkurs vor Abschluß und gerichtlicher Bestätigung des Zwangsvergleichs ein Sonderabkommen vereinbart wird, so kann es als solches gemäß § 141 nicht wirksam werden, wenn es nur die Verwirklichung einer schon vor der Abstimmung über den Zwangsvergleich in Aussicht gestellten Sonderbegünstigung oder die Bestätigung

---

[1]) Recht 1923 S. 203 No. 716.
[2]) Gewerbe- und Kfm. Ger. 1923, 139; 1924, 47. Jur. W. 1924 S. 1060. A. A. OLG. Bd. 43 S. 22; Gülde in Recht 1924 S. 444.

eines verbotswidrigen Versprechens darstellt.[1]) Nach Fortfall des Verbotsgesetzes kann aber eine wirksame Bestätigung erfolgen.[2]) — Hatte die Nichtigkeit ihren Grund in einem Verstoß gegen die guten Sitten, so muß schon eine Veränderung der Umstände eingetreten sein, damit der Geschäftsinhalt nicht mehr als nichtig gilt.[3]) Doch wird das gerade bei den unsittlichen Geschäften nicht häufig zutreffen. Bei einem die Notlage eines Beteiligten ausbeutenden Geschäft kommt es darauf an, ob die Notlage inzwischen weggefallen ist.[4]) Unter gleichgebliebenen Verhältnissen kann die Wirkung eines Geschäfts auch nicht dadurch erreicht werden, daß in der Form eines abstrakten Schuldversprechens bestätigt wird.[5]) Werden zur Sicherung für die Verbindlichkeiten aus einem Wuchergeschäft Wechsel hingegeben, so ist darin nur dann eine wirksame Bestätigung zu erblicken, wenn bei der Wechselhingabe die Voraussetzungen des Wuchers entfallen sind,[6]) andernfalls können die Wechsel oder das statt ihrer Erlangte kondiziert werden. Dasselbe muß auch bei einem Schuldanerkenntnis gelten, mittels dessen die Nichtigkeit eines Geschäfts umgangen werden soll. Insoweit ist es wegen des bloß formalen Charakters eines Urteils auch gleichgültig, ob zu einem Anerkenntnis, das wegen des unsittlichen Hauptgeschäfts bedeutungslos ist, ein Anerkenntnisurteil hinzutritt. Dadurch wird sachlich an dem unsittlichen Charakter des Geschäfts nichts geändert.[7]) Ein wegen Unmöglichkeit der Leistung nichtiger Vertrag wird nicht immer bestätigungsfähig sein. Das ist nur unter der Voraussetzung möglich, daß die Leistung möglich geworden ist, oder bei der Bestätigung auf den Eintritt der Leistungsmöglichkeit Bezug genommen wird (§ 308). Ein Vertrag, in dem ein Miterbe seinen vermeintlichen Erbanspruch an einem Bestandteil des Nachlasses verkauft, kann überhaupt nicht bestätigt werden, weil es bei einem solchen Geschäft an dem

---

[1]) RGE Bd. 61 S. 297; Jaeger, Komm. zur Konk-O. 2/330. A. A. v. Tuhr Bd. II S. 294 Anm. 93

[2]) Recht 1921 No. 1820; Warn. Rspr. 1921 No. 60.

[3]) RGE Bd. 64 S. 146 ff; OLG Bd. 15 S. 315; L. Z. 1922 S. 158; Warn. Rspr. 1922 No. 75; Seuff. Arch. Bd. 77 No. 57.

[4]) OLG Bd. 9 S. 280; Bd. 10 S. 411; RGE Bd. 61 S. 78; Bd. 64 S. 149; Warn. Rspr. 1909 No. 62.

[5]) Recht 1919 No. 880.

[6]) Recht 1913 No. 2839.

[7]) Jur. W. 1909 S. 131 f.

zulässigen Kaufgegenstand fehlt (§§ 1922 Abs. II, 2033 Abs. I Satz 1)[1] — Einige Besonderheiten sind in den Fällen zu beachten, wo die Nichtigkeit ihren Grund in der nicht befolgten Formvorschrift hat. Ermangelt ein Geschäft der durch Gesetz vorgeschriebenen Form, so kann die um deswillen begründete Nichtigkeit grundsätzlich auch nur dadurch beseitigt werden, daß die Bestätigung die einmal vorgeschriebene Form wahrt.[2] Ist danach ein Kaufvertrag nichtig, weil der Kaufpreis unrichtig angegeben ist, so kann eine Bestätigung in einem Prozeßvergleich nur in der Weise erfolgen, daß die frühere geheime Abmachung des wahren Kaufpreises der Bestätigung unterzogen wird.[3] Da es aber in Fragen der Parteiwillkür auf Willensübereinstimmung ankommt, kann eine Bestätigung eines kraft Parteivorschrift formbedürftigen Geschäfts auch formlos erfolgen, wenn die Parteien übereinstimmend nunmehr auf die früher vereinbarte Form verzichten.[4] Für die Bestätigung eines solchen formbedürftigen Geschäfts gelten daher die gleichen Grundsätze wie bei den formlosen Geschäften. — Eine Abweichung von den Bestätigungsregeln findet sich wiederum im Eherecht, wie ja überhaupt die Bestätigung einer nichtigen Ehe anderen Vorschriften untersteht. Soll eine nichtige Ehe bestätigt werden, so sind die für die Eheschließung maßgebenden Formen nicht zu beachten. (§ 1325 Abs. II). Für die Bestätigung genügt jede Erklärung, die dahin ausgelegt werden kann, daß der berechtigte Ehegatte die Ehe fortsetzen will, nur muß die Erklärung gegenüber dem anderen Ehegatten abgegeben werden.[5] Im Uebrigen muß auch hier der oben erwähnte Grundsatz gelten, daß für die Bestätigung die Kenntnis der Nichtigkeit nicht erforderlich ist, daß vielmehr der Wille auf Fortsetzung der Ehe genügt.

Eine eigenartige Regelung haben im Gesetz gewisse Geschäfte erfahren, die zwar zu ihrer Gültigkeit zunächst einer Form bedürfen und auch wegen Formmangels nichtig sind, deren Wirksamkeit aber doch unter bestimmten Voraussetzungen

---

[1]) RGE Bd. 61 S. 78.

[2]) Staudinger Bem. 3 zu § 141; Planck Bem 1 zu § 141; RGE Bd. 55 S. 40; Bd. 94 S. 152; OLG Bd. 8 S. 25 ff; Bd. 10 S. 411 ff; Bd. 42 S. 264; Jur. W. 1909 S. 11 ff.

[3]) Recht 1914 No. 200.

[4]) OLG Bd. 19 S. 115 ff.

[5]) Staudinger Bem. 3 zu § 1325.

ohne Formbeachtung erreicht werden kann. Es sind die Fälle des Grundstücksverkaufs (§ 313), der Schenkung (§ 518) und der Bürgschaftsverpflichtung (§ 766)[1] Ein ohne Beobachtung der Formvorschrift geschlossener Grundstücksveräußerungsvertrag wird seinem ganzen Inhalte nach gültig, wenn die Auflassung und die Eintragung in das Grundbuch erfolgen. Der Mangel der für einen Schenkungsvertrag geltenden Form wird durch die Bewirkung der versprochenen Leistung geheilt, und soweit der Bürge die Hauptverbindlichkeit erfüllt, wird der Formmangel des Bürgschaftsvertrages geheilt — Planck[2]) sieht die Auflassung als eine Bestätigung des formnichtigen Vertrages an, übersieht aber dabei den bestehenden Unterschied. Da die Bestätigung des § 141 sich als Neuvornahme darstellt, kann man nicht sagen, daß ein formnichtiger Kaufvertrag über ein Grundstück durch die Auflassung bestätigt werde. Die Auflassung ist kein schuldrechtlicher, sondern der dingliche Vertrag der Einigung über den Eigentumsübergang (§ 873), welcher in seiner abstrakten Form die Modalitäten des Kaufvertrages nicht enthält. Trotz der Auflassung bleibt der nichtige Kaufvertrag nichtig. Es fehlt noch an der Eintragung im Grundbuch, welche die Bewilligung des Belasteten und einen entsprechenden Antrag voraussetzt (§ 19 GBO). Solange ist eine Kondiktion der Auflassung möglich, weil es noch an dem Rechtsgrunde fehlt.[3]) Der Kaufvertrag wird seinem ganzen Inhalte nach erst wirksam, wenn Auflassung und Eintragung erfolgen. Deshalb sagt Enneccerus[4]), es sei so anzusehen, als werde der Vertrag nach den Grundsätzen der Bestätigung von vorherein gültig. Insofern ist Enneccerus beizutreten. Es wäre nicht richtig, den Fall des § 113 wie eine Bestätigung beurteilen zu wollen, denn Auflassung und Eintragung bedeuten schon eine wirksame Bestätigung und sind nach den für diese geltenden Grundsätzen weiterzubehandeln.

---

[1]) Die Möglichkeit, daß eine mangels Formbeachtung nichtige Zusage durch nachfolgende Erfüllung geheilt werden kann, wird bisweilen auch auf andere Fälle analog ausgedehnt. Je nach dem Zweck der Vorschrift läßt Regelsberger (Jh. Jb. Bd. 58 S. 171) eine solche Analogie zu. Enneccerus will diesen Rechtsgedanken auf das Leibrentenversprechen ausdehnen (vgl. Enneccerus Lehrb § 145 III 2). Dagegen spricht sich das Reichsgericht aus (vgl. RGE Bd. 67 S. 208). — Ob eine analoge Ausdehnung dieses Rechtsgedanken richtig ist, erscheint zweifelhaft, da es sich in den erwähnten Fällen um Ausnahmen handelt. Eine ähnliche Vorschrift enthält dagegen § 15 No. 4 G. m. b. H. Ges.

[2]) Planck Bem. 4 zu § 313.

[3]) vgl. Fuchs in Jur. W. 1923 S. 316; Freymuth in Jur. W. 1923 S. 761 zu der entgegengesetzten Auffassung daselbst.

[4]) Enneccerus, Lehrbuch § 252 II 3d.

Im Gegensatz zum Reichsgericht[1]) ist deshalb mit Enneccerus anzunehmen, daß der Vertrag von „vornherein" gültig wird. Der Wortlaut des Gesetzes rechtfertigt diese Annahme zwar nicht ausdrücklich, aber für die Bestätigung gilt die Auslegungsregel des § 141 Abs. II, und es entspricht auch der Absicht der Parteien, da sie den früheren Vertrag erfüllen, aber keinen neuen abschließen wollen. — Anders verhält es sich dagegen mit dem formnichtigen Schenkungsversprechen und der Bürgschaftsverpflichtung.[2]) Nach dem Wortlaut des Gesetzes handelt es sich um eine Heilung, also um eine Durchbrechung des Grundsatzes, daß nichtige Geschäfte unheilbar sind. Wenngleich eine gewisse Verwandtschaft mit der Bestätigung nicht zu leugnen ist, so kann hier sinngemäß keine Rede von eigentlicher Bestätigung sein, da deren Regeln garnicht anwendbar sind, denn der Mangel der Form wird ohne weiteres soweit geheilt, als eine Erfüllung stattgefunden hat. Es fehlt an den für die Bestätigung charakteristischen Beziehungen zum nichtigen Geschäft. Die Bestimmung, daß jeweils nach dem Umfange der Erfüllung der Formmangel geheilt wird, hat rechtlich nur die Bedeutung, daß ein Rechtsgrund für die Erfüllung vorhanden ist, weil sonst kondiziert werden könnte.

Damit die Bestätigung eines formbedürftigen nichtigen Geschäfts als Neuvornahme beurteilt werden kann, ist nicht notwendig, daß die unter der vorgeschriebenen Form abgegebene Bestätigungserklärung den ganzen Inhalt des alten Geschäfts unter der Form wiederholt.[3]) Es ist nur stets zu beachten, daß der Charakter der Neuvornahme berücksichtigt wird. Wenn ein unvollständig beurkundeter Vertrag wegen seiner Unvollständigkeit nichtig war, so kann eine wirksame Bestätigung dadurch erfolgen, daß in der beurkundeten Bestätigung auf die schon früher beurkundeten Teile des nichtigen Geschäfts Bezug genommen wird.[4]) Aus dem gleichen Grund genügt für eine wirksame Bestätigung nicht, wenn in der nunmehr notariell vorgenommenen Auflassungsverhandlung der frühere Kaufvertrag, welcher wegen bloß privatschriftlicher Aufzeichnung nichtig war, nur erwähnt wird.[5]) In diesem Fall kann die Bestätigung

---

[1]) RGE Bd. 75 S. 115.

[2]) Wurmstich S. 25 f; und Böhm S. 28 ff zählen auch diese Fälle zur Bestätigung.

[3]) RGE Bd. 61 S. 264 ff; OLG Bd. 24 S. 266 f; Warn. Rspr. 1908 No 121.

[4]) RGRK Bem. 2 zu § 141; RGE in L. Z. 1925 S. 206; Jur. W. 1923 S. 1051.

[5]) Jur. W. 1925 S. 2230; Jur. R. 1925 No. 1722.

deswegen nicht als Neuvornahme beurteilt werden, weil abermals die Formvorschrift, wenn nicht vollständig, so doch teilweise, unbeachtet geblieben ist. Es ist eben notwendig, daß der ganze Rechtsvorgang, soweit das Gesetz Beurkundung vorschreibt, beurkundet wird.

Die Bestätigung formloser Geschäfte kann naturgemäß wieder formlos erfolgen. Da das BGB grundsätzlich auf dem Standpunkt der formfreien Geschäfte steht, so wird mit diesen auch die formlose Bestätigung im Rechtsleben eine weit größere Rolle spielen als die formbedürftige. Auch ihr Spielraum ist erheblich erweitert. Während konkludente Handlungen bei formbedüftigen Geschäften grundsätzlich nicht Inhalt einer Bestätigung sein können, ist die Bestätigung eines formlosen Geschäfts auch durch solche Handlungen möglich. Hier zeigt sich besonders, daß das Wesen der Bestätigung in den Beziehungen zum nichtigen Geschäft besteht und von der erstmaligen Errichtung eines Geschäfts verschieden ist. Wann auf Grund eines konkludenten Verhaltens eine Bestätigung angenommen werden kann, ist nach Lage des einzelnen Falles zu entscheiden. Im allgemeinen genügt jedes Verhalten, daß zum Schluß auf den Geschäftswillen nötigt, wenn also eine dahinweisende Willensbestätigung vorliegt.[1]) Ein wichtiges Indiz bei der Erforschung des Willens bildet regelmäßig die Tatsache, daß der Bestätigende die Nichtigkeit des Geschäfts kennt. Im Einzelnen kann z. B. eine Bestätigung nach Beseitigung des Nichtigkeitsgrundes darin gesehen werden, daß die Erfüllung bewirkt und angenommen wird.[2]) Eine Bestätigung ist ferner dann anzunehmen, wenn die Lieferungsverpflichtung aus einem Kaufvertrage, der seinem Inhalt nach nichtig war, weil er die Sperrfrist der R. Getr. O.[3]) nicht einhielt, nach Ablauf der Sperrfrist erfüllt wird.[4]) Dagegen kommt eine Bestätigung nicht in Frage, wenn die Parteien einen nichtigen Vertrag, den sie als gültig ansehen, nur um der als bestehend geglaubten Verpflichtung willen erfüllen[5]). Wenn jemand Maßnahmen, die den Verpflichtungen eines nichtigen Geschäfts entsprechen, trifft, um damit zunächst große Vermögensverluste abzuwenden, so ist daraus noch nicht auf einen Bestätigungswillen

---

[1]) Staudinger Bem. 3 zu § 141; RGE Bd. 55 S. 40; OLG Bd. 8 S. 25; Bd. 10 S. 253; Jur. W. Beilage 42.

[2]) OLG Bd. 13 S. 27; RGE in Jur W. 1909 S. 11; 1913 S. 128.

[3]) Nach § 13 d der R. Getr. O. für die Ernte 1919 durften Verträge über die Lieferung von Hafer vor dem 16. 8. 1919 nicht abgeschlossen werden.

[4]) Warn. Rspr. 1921 No. 60.

[5]) L. Z. 1913 S. 153.

zu schließen.[1]) Das gilt auch von Erfüllungshandlungen, die zu dem Zweck vorgenommen werden, um sich einstweilen vor Nachteilen zu schützen.[2]) Für alle Verträge aber ist es regelmäßig unerläßlich, daß aus dem Bestätigungsgeschäft die Willensübereinstimmung der Parteien über ihre Rechte und Pflichten hervorgeht[3]) Ebenso können alle nichtigen Geschäfte, deren Wirksamkeit ein Zugehen an einen Anderen zur Voraussetzung hat, wiederum nur durch eine empfangsbedürftige Bestätigung wirksam werden.[4])

Wie schon oben angedeutet, kann ein einmal wirksam angefochtenes Geschäft auch nur dadurch erneut Wirksamkeit erlangen, daß es nach Maßgabe des § 141 bestätigt wird. Das angefochtene Geschäft ist als von Anfang an nichtig anzusehen, und deshalb steht es insoweit allen anderen nichtigen Geschäften gleich Wenn der Verkäufer die Anfechtung zurückweist, so ändert die Zurückweisung nichts an der nunmehrigen Nichtigkeit. Erklärt aber der Käufer, nachdem seine Anfechtung zurückgewiesen ist, der Kaufvertrag solle jetzt erfüllt werden, so bedeutet das die Bestätigung des Vertrages, indem die Ablehnung dem Bestätigungsangebot und die Erfüllungserklärung der Bestätigungsannahme gleichkommt.[5]) Bestätigung ist auch dann anzunehmen, wenn ein Gesellschafter den Gesellschaftsvertrag wegen Betruges anficht und nichtsdestoweniger danach mit dem anderen Gesellschafter Aufhebung des Gesellschaftsvertrages und Liquidation vereinbart.[6]) Wird dagegen ein Kaufvertrag angefochten und trotzdem die Kaufsache fortbenutzt, so geht aus der Fortbenutzung keine Bestätigung hervor. Nach einer Entscheidung des Dresdener Oberlandesgerichts[7]) soll aber die Weiterbenutzung der Kaufsache dann eine Bestätigung des angefochtenen Kaufvertrages bedeuten, wenn die Benutzung ungebührlich lange ausgiebig erfolgt, da sonst vielfach geradezu die unberechtigte Abwälzung des Risikos auf den Verkäufer bewirkt werden würde. Zu dieser Entscheidung ist zu bemerken, daß es grundsätzlich nicht möglich ist, eine Bestätigung anzunehmen, wenn der Anfechtende die Kaufsache weiterbenutzt, denn dazu fehlt es an einer festen Rechtsgrundlage. Mit der

---

1) RGE in Recht 1912 No. 1275.
2) RGE in Recht 1913 No. 1850.
3) RGE Bd. 61 S. 264ff; Bd. 74 S. 3; Bd. 104 S. 54; Warn-Rspr 1913 No. 13.
4) Planck Bem. 1 zu § 141.
5) RGE in Jur. W. 1924 S. 404 und Mang'k ebenda.
6) Bayr. OLG in Recht 1919 No. 207.
7) OLG Bd. 20 S. 176.

Anfechtung wird ja gerade ein Wille erklärt, welcher in vollem Gegensatz zur Bestätigung steht. Das Verhalten des anfechtenden Käufers kann nur dann als Bestätigung gedeutet werden, wenn die Grundsätze von Treu und Glauben notwendig dazu drängen, vornehmlich also dann, wenn der Geschädigte anders seinem Schaden nicht wieder nachkommen würde. — Bezüglich der Bestätigung angefochtener Geschäfte nimmt Dernburg[1]) einen anderen Standpunkt ein. Aus Gründen der Zweckmäßigkeit hält er eine Zurücknahme der Anfechtung für zulässig, wenn der Anfechtungsgegner damit einverstanden ist. Auf diese Weise wird die als Neuvornahme zu beurteilende Bestätigung umgangen. Es erscheint aber nicht unbedenklich, in so starker Abweichung vom Gesetz solchen Zweckmäßigkeitsgründen nachzugeben. Dernburg stellt sich mit seiner Auffassung in offenen Gegensatz zu dem Grundsatz des Gesetzes, daß eine einmal rechtswirksam erfolgte Anfechtung unwiderruflich ist. Nach dem Gesetz kann ein wirksam angefochtenes Geschäft eben nur dadurch wieder zur Geltung kommen, daß es gemäß § 141 in der Bestätigungsform neu vorgenommen wird.[2])

Eine Bestätigung kann auch durch Erklärung vor dem Prozeßgericht erfolgen. Im allgemeinen gelten auch hierfür dieselben Voraussetzungen, doch sind einige Besonderheiten, die sich aus dem Prozeßwesen ergeben, zu beachten. Eine Bestätigung ist vom Richter als wirksam zu berücksichtigen, wenn die Parteien übereinstimmend vor dem Prozeßgericht erklären, daß sie die Nichtigkeit nicht geltend machen wollen, vielmehr die Verpflichtung aus dem nichtigen Vertrage erfüllen wollen.[3]) Die Bestätigung des klagebegründenden Geschäfts erfordert aber eine persönliche Erklärung der Parteien vor dem Prozeßgericht, da die Bestätigung als Neuvornahme zu beurteilen ist und der Prozeßbevollmächtigte zu einer solchen Handlung gemäß § 81 ZPO als nicht mehr ermächtigt gelten kann[4]) Eine im Prozeß erfolgende Bestätigung kann nur bei formlosen Geschäften möglich sein. Die für einzelne Geschäfte ob ihrer wirtschaftlichen Bedeutung vorgeschriebenen Formen werden bei einer vor dem

---

[1]) Dernburg, Lehrbuch S. 398. Im Uebrigen hält auch Kipp (Rechtswahrnehmung und Treurecht in den Festgaben für Koch S. 111) eine erneute Auflassung für entbehrlich, wenn die Anfechtung eines Grundstücksveräußerungsvertrages zurückgenommen werden soll

[2]) Staudinger Bem. 2 zu § 141; vgl. auch RGE Bd. 74 S. 1 ff; OLG Bd. 24 S. 264.

[3]) RGE Bd. 61 S. 264; Josef Z. Z. P. Bd. 37 S. 42 ff.

[4]) Josef a. a. O. S. 44.

Prozeßgericht abgegebenen mündlichen Bestätigungserklärung nicht etwa dadurch gewahrt, daß die Erklärungen der Parteien gerichtlich protokolliert werden. Das Protokoll kann z. B. die im § 313 verlangte Urkundsform nicht ersetzen, ebensowenig wie die Form dadurch eingehalten würde, wenn das Prozeßgericht als solches die Beurkundung selbst vornimmt. Denn in einem Prozeß fungiert das Gericht in seiner Eigenschaft als Prozeßgericht und für ein solches enthält die ZPO keine Beurkundungsvorschriften.[1])

Bisher haben wir nur die Bestätigung nichtiger Geschäfte als Einheit in Betracht gezogen, ohne dabei die teilweise Bestätigung eines nichtigen Geschäfts zu berücksichtigen. Eine Teilbestätigung kann der Absicht einer bestätigungsberechtigten Person entsprechen; sie ist auch sehr wohl denkbar. Ebenso wie es nach dem Gesetz eine Teilnichtigkeit gibt, läßt sich auch aus dem Gesetz eine Teilbestätigung rechtfertigen.[2]) Nicht selten trifft es zu, daß ein Geschäft im Grunde aus mehreren besteht. Ist es nichtig, so können seine einzelnen Teile zweifellos wirksam bestätigt werden. So wie die Wirksamkeit eines teilgültigen Geschäfts von dem Willen des Berechtigten abhängt (§ 139), so ist auch von dem Willen des Bestätigenden abhängig, inwieweit das nichtige Geschäft als bestätigt zu gelten hat.[3]) Es ist deshalb in der Gerichtspraxis eine wichtige Aufgabe des Richters zu prüfen, in welchem Umfange sich der Bestätigungswille auf das nichtige Geschäft erstreckt.

Wirkungen der Bestätigung.

Wir haben gesehen, daß das nichtige Geschäft nicht bloß ein rechtlich völlig bedeutungsloser Akt ist, vielmehr, daß er unter gewissen Voraussetzungen von der Rechtsordnung in Betracht gezogen wird. So konnte auch bei formbedürftigen Geschäften, die wegen unvollständiger Beurkundung nichtig waren, der beurkundete Teil durch Bezugnahme in der Bestätigung ein gültiger Teil des Bestätigungsgeschäfts werden. Doch gilt grundsätzlich auch für das BGB der allgemeine Satz des röm. Rechts: Quod ab initio vitiosum est, non potest tractu temporis convalescere (l. 29 D. 50 17). Im gemeinen Recht wurde die Ansicht vertreten, daß der Bestätigung rückwirkende

[1]) vgl. RGE Bd. 55 S. 40.
[2]) vgl. Jur. W. 1913 S. 128.
[3]) vgl. RGE Bd. 61 S. 264.

Kraft beizumessen sei[1]) und insbesondere auf zwei Justinianische Gesetzesstellen aus dem Codex gestützt (l. 25 de donationibus inter virum et uxorem et a parentibus in liberos pactis et de ratihabitione 5,16 und die l. 7 pr. C. ad S. C. Macedonianum 4,28).[2]) Die gegenteilige Auffassung[3]) geht von dem wohl richtigen Gedanken aus, daß Justinian den allgemeinen Nichtigkeitsgrundsatz nicht willkürlich außer Acht gelassen habe, daß es sich in den beiden Fällen vielmehr um Ausnahmen handelt. Diese verschiedene Anschauung war praktisch wichtig für die Bedeutung der Bestätigung. Das BGB hat diese Streitfrage endgültig erledigt. In den Motiven wird ausdrücklich hervorgehoben, daß die Bestätigung keine in die Vergangenheit zurückreichende sachliche Wirkung äußere.[4]) Nach dem Wortlaut des Gesetzes ist die Bestätigung als erneute Vornahme zu beurteilen, daraus geht deutlich hervor, daß eine rückwirkende Kraft für die Bestätigung nicht in Frage kommt.[5]) Eine Ausnahme macht das Gesetz für die Bestätigung einer nichtigen Ehe, welche nach dem Fortfall des Nichtigkeitsgrundes bestätigt wird, bevor sie für nichtig erklärt oder aufgelöst ist (§ 1325 Abs. I, II). Insoweit ist das Bestätigungsgeschäft etwas völlig Neues, das seine eigenen Wirkungen hat. Wenn der Geisteskranke A sein Pferd dem B auf Grund eines Kaufvertrages zu Eigentum überträgt, so ist die Eigentumsübertragung nichtig und eine nachfolgende Bestätigung der Eigentumsübertragung hat nicht die Wirkung, daß B ex tunc mit der Besitzübergabe als Eigentümer gilt. Erst mit der Bestätigung erwirbt er Eigentum. Deshalb werden auch alle Verfügungen der Zwischenzeit, sofern sie sonst rechtsgültig sind, durch die Bestätigung nicht beeinträchtigt.[6]) Wenn also A nach erlangter vollen Geschäftsfähigkeit vor der Bestätigung das Pferd z. B. an C übereignet, so wird C trotz der späteren Bestätigung Eigentümer. Er bleibt auch im Eigentum wenn nicht etwa B bei der Bestätigung gutgläubig erwirbt. Dann ist aber der Eigentumserwerb des C durch den guten Glauben des B, nicht durch die Bestätigung, vereitelt.

---

[1]) so Windscheid-Kipp Bd. I § 83 Anm. 10; Dernburg, Pand. § 122 No. 5; RGE Bd. 27 S. 163ff.

[2]) ausführlich bei Seuffert S. 122 f.

[3]) Seuffert S. 122 ff; Regelsberger § 176 S. 640; Wächter § 84 Beil. I II S. 428.

[4]) Mot. I S. 218.

[5]) RGE Bd. 75 S. 115.

[6]) Crome § 81 S. 356.

Anders verhält es sich dagegen mit der obligatorischen Rückwirkung. Da § 141 Abs. II nur für Verträge gilt, bezieht er sich nicht auch auf die einseitigen Geschäfte des Absatzes 1. Für diese ist daher eine obligatorische Rückwirkung, wie sie gemäß § 141 Abs. II für Verträge eintreten kann, nicht daraus herzuleiten. Trotzdem ist der Auffassung Plancks[1]) beizutreten, wenn er auch bei ihnen eine solche Rückwirkung für zulässig hält. Darin liegt kein Widerspruch zum Gesetz, welches ja in weitgehendem Maße die Rechtsgestaltung dem Privatwillen überläßt. — Ist der Wille dazu vorhanden, so muß auch ein einseitiges Geschäft so vorgenommen werden können, daß seine obligatorischen Wirkungen auf einen früheren Zeitpunkt zurückbezogen werden. Handelt es sich dabei um ein Geschäft, welches einem Andern gegenüber vorzunehmen war, so muß die Rückwirkung davon abhängig sein, daß der Andere zustimmt, während ein Geschäft, das eine fremde Rechtssphäre garnicht berührt, schon bei bloßem Willen seines Urhebers zurückwirkt.[2]) Für Verträge gilt die Bestimmung des § 141 Abs. II: Wird ein Vertrag von den Parteien bestätigt, so sind diese im Zweifel verpflichtet, einander zu gewähren, was sie haben würden, wenn der Vertrag von Anfang an gültig gewesen wäre. Es ist nicht klar ersichtlich, welche Bedeutung diese Bestimmung haben soll. Während Gareis[3]) sich dafür entscheidet, daß es sich um einen ergänzenden Rechtssatz handelt, wird von anderen Autoren[4]) der Standpunkt vertreten, daß die genannte Vorschrift eine Auslegungsregel enthalte.[5]) Zur Anwendung der Auslegungsregeln ist erforderlich, daß die ganzen Vertragsumstände eine wenn auch noch so unklare Anordnung über den fraglichen Punkt enhalten. Gewöhnlich gibt das Gesetz eine Auslegungsregel durch Gebrauch des Ausdrucks „im Zweifel" zu erkennen. So wird auch in den Protokollen[6]) der § 110 Abs. II des ersten Entwurfes eines BGB eine „Interpretationsregel" genannt.

---

1) Planck Bem. 2 zu § 141.
2) vgl. dazu das Beispiel bei Böhm S. 50 Anm. 2.
3) Gareis Bem. 1 zu § 141.
4) Staudinger Bem. 6 zu § 141; Planck Bem 2 zu § 141; Goldmann-Lilienthal S. 68.
5) Die ergänzenden Rechtssätze, auch nachgiebiges oder dispositives Recht genannt, sind in ihrem Sinn Eventualvorschriften, weil sie erst dann eingreifen, wenn die Parteien nichts anderes bestimmt haben. Die Auslegungsregeln geben dagegen eine Aufklärung über den Geschäftsinhalt, dergestalt, daß die Rechtsfolge mittels der Auslegungsregel als auf dem durch sie klargestellten Willen der Parteien beruhend festgestellt wird (Enneccerus Lehrb. § 45 I, II).
6) Prot. I S. 126.

Es dürfte deshalb richtig sein, diese Vorschrift als eine Auslegungsregel anzuerkennen. Sie hat ihre Rechtfertigung zudem darin, daß sie den Parteiwillen zum Ausdruck bringt. Gewöhnlich ist richtig davon auszugehen, daß die Parteien, wenn sie ein nichtiges Geschäft bestätigen, die Absicht haben, daß die Wirkungen schon im Zeitpunkt der Vornahme des nichtigen Geschäfts eintreten, weil damit der wirtschaftliche Zweck des Geschäfts erreicht wird. Ergibt sich dagegen aus dem Bestätigungsgeschäft ein unzweideutig hiervon abweichender Parteiwille, so ist dieser Wille allein maßgebend. Die gewollte Rückwirkung erlangt indessen nur im Innenverhältnis, d. h. unter den Parteien selbst, rechtliche Bedeutung. Dritte Personen werden davon nicht betroffen. — Der Geisteskranke A verkauft notariell sein Grundstück an B. Auflassung und Eintragung erfolgen formgerecht. Die Uebereignung ist nichtig. A ist Eigentümer geblieben, und das Grundbuch ist unrichtig geworden. Als Eigentümer haftet A weiterhin für die mit dem Grundstück verbundenen Lasten. Wird der Vertrag mitsamt der Uebereignung nach wiedererlangter Geschäftsfähigkeit des A formrichtig bestätigt, dann ist die Rückwirkung als vereinbart anzunehmen, und B hat nunmehr gegenüber dem A die Pflicht — nicht aber gegenüber den Gläubigern — die für die Zwischenzeit fällig gewordenen Lasten zu übernehmen. — Der Geisteskranke A verkauft und übereignet sein Pferd an B. Beides ist nichtig. Später bestätigt der wieder geschäftsfähige A dem B den Kaufvertrag und die Uebereignung. In der Zwischenzeit hat das Pferd ein Füllen bekommen, welches A in Unkenntnis des B an C veräußert hat. Auf Grund der Rückwirkung wäre A verpflichtet dem B auch das Füllen zu übereignen. Wegen subjektiver Unmöglichkeit muß er jetzt den B schadlos halten.

Hölder[1]) zieht der Bestätigung engere Grenzen und kommt deshalb auch zu dem Ergebnis, daß er für manche bestätigten Verträge eine obligatorische Rückwirkung ausschließt, wo wir sie anerkennen. Er unterscheidet zwischen einem Geschäft, das vollkommen neu vorgenommen wird und einem solchen, das deutlich den Stempel der Bestätigung trägt. Nach dem Gesetz soll es z. B. einen Unterschied machen, ob ein wegen Geisteskrankheite ines Teiles nichtiger Grundstücksveräußerungsvertrag von neuem abermals zu gleichen Bedingungen veräußert wird, oder ob der früheren Urkunde ein bloßer Bestätigungsvermerk beigefügt wird. Nur im letzteren Fall soll eine Bestätigung

---

[1]) Hölder Bem. 3 zu § 141.

vorliegen. Die Unterscheidung als solche ist richtig, denn im ersteren Fall sind garkeine im äußeren Bestätigungsakt erkennbaren Beziehungen vorhanden. Allein das äußere Ansehen eines Geschäfts ist nicht entscheidend, vielmehr ist der Parteiwille zu erforschen. Es ist allerdings gleichgültig, was die Parteien sich rechtlich unter der Neuvornahme vorgestellt haben, ist nur ihr Wille auf obligatorische Rückwirkung erkennbar, dann ist die Neuvornahme auch eine Bestätigung im Sinne des § 141. Die vollkommene Wiederholung eines nichtigen Geschäfts schließt aus sich selbst heraus die Rückwirkung nicht notwendig aus. Aus den gesamten Vertragsumständen kann der Wille hervorgehen, die obligatorischen Wirkungen auf den Zeitpunkt der Vornahme des ersten Geschäfts zurückzubeziehen.[1]) Auch in einem solchen Willen liegen die Beziehungen zum nichtigen Geschäft, welche die Bestätigung charakterisieren. — Im Uebrigen gelten für den Umfang der Rückwirkung dieselben Regeln wie bei der Bestätigung. Es ist also nicht gerade notwendig, daß die Rückwirkung auf den Inhalt des ganzen Geschäfts vereinbart wird, auch eine teilweise obligatorische Wirkung kann auf den Zeitpunkt der Vornahme des ersten Geschäfts zurückbezogen werden. Wird die Vereinbarung einer Rückwirkung bestritten, so trifft die bestreitende Partei die Beweislast, eine Folge, welche sich daraus ergibt, daß die Vorschrift des § 141 Abs. II als Auslegungsregel zu gelten hat.

Eine regelmäßige Wirkung der Bestätigung liegt darin, daß alle Ansprüche, welche sich aus der Nichtigkeit ergaben, nunmehr als erloschen gelten. Daher kann ein evt. aus § 122 zu gewährender Schadenersatzanspruch nach der Bestätigung des wegen Anfechtung nichtigen Geschäfts nicht mehr geltend gemacht werden (vgl. auch §§ 307, 309). Dasselbe gilt für etwaige Ansprüche aus einer culpa in contrahendo,[2]) oder einer ungerechtfertigten Bereicherung, wenn vor der Bestätigung schon erfüllt war.[3])

---

[1]) Dernburg, Lehrbuch § 116 VI Bem. 12.

[2]) Es ist im Uebrigen eine bestrittene Frage, ob eine Haftung für Verschulden beim Vertragsschluß auch dann eintritt, wenn der Vertrag garnicht zustande kommt. — Nur in solchen Fällen kann naturgemäß von einer haftungbeseitigenden Wirkung der Bestätigung gesprochen werden. — In folgerichtiger Durchführung des Schuldgedankens erkennt Enneccerus (Lehrbuch § 266 II Anm. 5) eine Haftung auch dann an, wenn der Vertrag schuldhaft nicht zustande gekommen ist. A. A. insbesondere Fr. Leonhard: Verschulden beim Vertragschluß 1910 S. 58.

[3]) Staudinger Bem. 4 zu § 141; Warn. Rspr. 1913 No. 43.

Bestätigungsfragen der neueren Rechtsentwicklung.

Die Inflationszeit der verflossenen Jahre ist für unser ganzes Rechts- und Wirtschaftsleben von einschneidender Bedeutung gewesen. Mit ihr ist die Entstehung einer Reihe von Gesetzen und Verordnungen zu erklären, die wir sonst kaum gehabt haben würden. Zum Teil kann eine Berührung dieser Gesetze mit dem Gebiete der Bestätigung nichtiger Rechtsgeschäfte in Frage kommen. Unter dieser Voraussetzung betrachten wir das Grundstücksverkehrsgesetz vom 10. 2. 1923, welches die Veräußerung eines Grundstückes von staatlicher Genehmigung abhängig machte, um möglichst eine Verschleuderung deutschen Grund und Bodens an das während der Inflationszeit besonders kaufkräftige Ausland zu vermeiden,[1]) insbesondere aber auch das vielumstrittene Aufwertungsgesetz vom 16. 7. 1925.

Der Grundstücksverkehr war erschwert durch das erwähnte Gesetz, indem alle Veräußerungsverträge dieser Art der behördlichen Genehmigung bedurften. Ein ohne solche Genehmigung geschlossener Vertrag war bis zur Genehmigung schwebend wirksam. Wurde die erforderliche Genehmigung verweigert, so verfiel der ganze Vertrag der Nichtigkeit. Danach kann eine Bestätigung in Frage kommen. Solange das Grundstücksverkehrsgesetz in Kraft war, blieb auch die Wirksamkeit einer Bestätigung wiederum von der Genehmigung durch die Behörde abhängig. Sonst gelten für die Bestätigung ganz die gleichen Grundsätze.[2]) Wegen der um die Wende des Jahres 1923 eingetretenen Stabilisierung des deutschen Geldes wird, insoweit der Kaufpreis in Betracht kommt, eine Bestätigung nur unter Aenderung des Vertrages zu denken sein, wenn sie nach der Stabilisierung erfolgte. In den meisten Fällen wird aber ein völlig neuer Vertrag, der an eine Bestätigung nicht mehr erinnert, abgeschlossen sein. Stellt sich aber der neue Rechtsakt als eine Bestätigung dar, dann wird sich eine obligatorische Rückwirkung nicht immer in dem sonst gewöhnlichen Maße rechtfertigen lassen. Wie schon für den Kaufpreis gesagt, bildet die Stabilisierung des Geldes einen wesentlichen Vertragsumstand zur Erforschung des für die Rückwirkung maßgeblichen Willens, soweit sie als wertändernder Faktor eines Gegenstandes in Frage kommt Im Einzelnen sind aber stets die gesamten Vertragsumstände zu berücksichtigen.

---

[1]) Eine solche Beschränkung ist landesrechtlich schon nach Art. 78 EGBGB zulässig. Vgl für Preußen auch Art. 7 §§ 2,3 Pr. AG, wonach ausländische Juristische Personen im Grunderwerb beschränkt sind.

[2]) Böhm S. 53 f.

Eine noch heute sehr bekannte Erscheinung im Grundstücksverkehr sind die sog. Schwarzkäufe, d. s. Verträge über Verkauf eines Grundstückes, äußerlich formrichtig geschlossen, aber nichtig, weil neben dem notariellen Vertrag eine besondere, mündliche Vereinbarung über den wahren Kaufpreis, der in seiner ganzen richtigen Höhe hätte beurkundet werden müssen, getroffen wurde. Absehen davon, daß auch diese Grundstücksveräußerungsverträge unter dem Grundstücksverkehrsgesetz genehmigungspflichtig waren (denn ein Verzicht auf Vorschriften, die im öffentlichen Interesse erlassen werden, ist nicht möglich)[1]), bestimmt der § 125 in Verbindung mit §§ 313, 139 evt. ihre Nichtigkeit.[2]) Sie unterliegen daher wie alle nichtigen Geschäfte der Bestätigung, können aber auch durch Auflassung und Eintragung im Grundbuch ihrem ganzen Inhalt nach gültig werden (§ 313 Satz 2). Wie schon erwähnt, handelt es sich auch in letzterem Fall um eine Bestätigung. Die Erfahrung des täglichen Lebens lehrt, daß Schwarzverträge in den weitaus meisten Fällen durch Auflassung und Eintragung wirksam werden. Soweit Vertragsschluß, Auflassung und Eintragung in die Zeit der Inflation fallen, hat der Rechtsgedanke des § 141 Abs. II bei der Aufwertung der Kaufpreisforderung, welche nach § 4 Aufw. G. hinsichtlich der dinglichen und nach § 10 Abs. I No. 5 Aufw. G. hinsichtlich der persönlichen Forderung der Aufwertung unterworfen ist — sofern sie durch Hypothek gesichert war, — eine erhöhte Bedeutung erlangt. Es war eine in der Praxis bisher unentschiedene Streitfrage, welcher Stichtag bei Schwarzkäufen für die Umrechnung des hypothekarisch gesicherten, aufzuwertenden Kaufpreises maßgebend sein müsse. Im Wesentlichen standen sich die Ansichten des höchsten Preußischen und des höchsten Bayrischen Gerichts gegenüber. Das Bayrische Oberste Landesgericht ging unmittelbar von dem Rechtsgedanken des § 141 Abs. II aus und legte demnach für die Berechnung

---

[1]) Jur. W. 1925 S. 2632.

[2]) Neu ist in dieser Beziehung der Standpunkt des Reichsgerichts (Bd. 107 S. 361). Es soll nunmehr einen Verstoß gegen Treu und Glauben bedeuten, wenn sich eine Partei wegen des Formmangels auf die Nichtigkeit des Vertrages beruft unter der Voraussetzung, daß sie die Nichtigkeit der andern Partei durch eine Täuschung selbst verschuldet hat. Die Täuschung braucht auch nicht wider besseres Wissen, also arglistig, erfolgt zu sein. Unter solchen Gesichtspunkten hält das Reichsgericht entgegen dem Wortlaut des Gesetzes den Schwarzvertrag als gültig aufrecht, indem es den wahren, insgeheim vereinbarten Kaufpreis statt des beurkundeten einsetzt. Mit diesem Standpunkt verliert eine Bestätigung von Schwarzkäufen ihre Bedeutung fast vollständig.

des aufzuwertenden Goldmarkbetrages den Tag zugrunde, an welchem der Abschluß des formnichtigen Vertrages stattgefunden hatte.[1]) Das Kammergericht nahm dagegen den Standpunkt ein, daß eine obligatorische Rückwirkung nicht als dem Parteiwillen entsprechend vermutet werden könne, und deshalb als Stichtag immer der Tag der Auflassung und Eintragung maßgebend sein müsse.[2]) Für die Praxis ist der Streit nunmehr durch eine Entscheidung des Reichsgerichts vom 21. 12. 1926[3]) erledigt worden. Unter Verwendung des Rechtsgedankens des § 141 Abs. II tritt der Senat im Wesentlichen der Auffassung des Bayr. Ob. Landesgerichts bei und gibt dazu folgende Begründung: „Der erkennende Senat hat wiederholt ausgesprochen, daß in der Auflassungserklärung ein mittelbares Bekenntnis der Beteiligten zu dem ganzen schuldrechtlichen Geschäft zu finden ist, das durch die Auflassung gerade zur Ausführung gebracht werden soll (vgl. RGE Bd. 108 S. 333; Bd. 109 S. 354). Daher spricht eine tatsächliche Vermutung dafür, daß die Vertragsparteien, wenn sie sich in diesem Sinn durch die Auflassung zu dem Inhalt eines von ihnen geschlossenen formnichtigen Kaufvertrages bekennen, einander das gewähren wollen, was sie bei Abschluß des Vertrages einander zu gewähren beabsichtigten. Ist das aber der Fall, so muß dem vermuteten Parteiwillen entsprechend auch der Goldmarkbetrag der Forderung nach dem Zeitpunkt des Abschlusses des formnichtigen Vertrages und nicht nach dem Zeitpunkt seiner Heilung berechnet werden. Dem steht die Vorschrift des § 2 Aufw. G., nach der der Berechnung des Goldmarkbetrages der Forderung der Zeitpunkt ihres Erwerbes zugrunde gelegt werden soll, nicht entgegen. Denn der in dieser Bestimmung festgesetzte Stichtag kann dann keine Beachtung finden, wenn die Vertragschließenden, wie es nach ihrem vermuteten Vertragswillen in Fällen der vorliegenden Art zutrifft, sich einander mittelbar schuldrechtlich zur Berücksichtigung eines andern Stichtages verpflichtet haben.

Es bedarf demgemäß einer Prüfung des Sachverhalts des vermuteten Parteiwillens in dem angegebenen Sinne. Ergibt sich nichts, was die erwähnte tatsächliche Vermutung zu widerlegen vermag, so ist nach dem Dargelegten der Tag des

---

1) Bayr. OLG Aufw. Rspr. S. 275.

2) KG. vom 17. 12. 1926 A. R. III 437/25 (vgl. in Wirtschaft und Recht' Beil. zur „D. A. Z. No. 5 vom 5. 2. 1927.

3) Die Begründung ist in Wirtsch. u. R. Beil. zur D. A. Z. abgedruckt und daraus entnommen.

Vertragsschlusses zugrunde zu legen. Wird die Vermutung jedoch widerlegt, so kommt als Stichtag für die Berechnung des Goldmarkbetrages der Zeitpunkt der Heilung des formnichtigen Vertrages in Betracht, da die Kaufpreisforderung nach den zutreffenden Darlegungen des Kammergerichts erst mit diesem Augenblick erworben ist und die Bestimmung des § 2 Aufw. G. in diesem Fall nicht durch abweichende Parteivereinbarung außer Kraft gesetzt worden ist."

Sowohl nach praktischen Gesichtspunkten als auch nach strengen Rechtsgrundsätzen verdient dieser Standpunkt des Reichsgerichts vor der Auffassung des Kammergerichts den Vorzug, da er nach den Grundsätzen des Aufwertungsgedankens durchaus billig erscheint. Zudem handelt es sich um einen Fall, den wir zur Bestätigung nichtiger Rechtsgeschäfte rechnen, für den also die Auslegungsregel des § 141 Abs. II unmittelbar zur Anwendung kommt.